~~Ja XVII~~ ~~11~~

(Gek. v. Enke im Oct. 1829)

F. c.
o 452 b / 1

Handbuch

des

deutschen Civilprozesses

auf der

Grundlage und nach der Ordnung
der bayerischen Gesezgebung

von

Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath zu Ansbach.

Erster Band.

Erlangen 1836
bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Kommentar

über die

bayerische Gerichtsordnung

(Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753)

von

Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath zu Ansbach.

Erster Band.

Erlangen 1836
bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Erlangen,
gedruckt bei C. H. Kunstmann.

Vorwort.

Mein neuer Beruf verschaffte mir Gelegenheit, die Gebrechen und Bedürfnisse der Rechtspflege in Bayern näher kennen zu lernen; es entstand in mir der Wunsch, zur Verbesserung derselben thätig, der Sache der Gerechtigkeit in meinem Vaterlande nach Kräften nüzlich zu werden; von diesem Wunsche beseelt, ergriff ich die Feder zur Ausarbeitung des vorliegenden Werkes.

Das Gerücht von der wiederholten Superrevision des Entwurfs einer neuen Gerichtsordnung

und von den in dieser Hinsicht der nächsten Ständeversammlung zu machenden Vorlagen, hat mich von dem Unternehmen nicht abgehalten. — Von dem Entwurfe bis zur Promulgation ist ein weiter Weg; er ist schon mehrmals — ohne Annäherung an das Ziel — betreten worden. Auch ist das Gesez über zweckmäßige Gesezbücher-Berathung, — nach meiner Ansicht eine unerläßliche Vorbedingung des Gelingens — zur Zeit nicht gegeben. Uebrigens würde mein Werk mißlungen seyn, wäre seine Brauchbarkeit abhängig von der Gesezeskraft der jezt geltenden Gerichtsordnung.

Die mannigfachen Partikulargesezgebungen der einzelnen deutschen Staaten bieten der Wissenschaft sehr reichhaltigen und bunten Stoff; aber eben die Wissenschaft ist es, in welcher die mannigfachen Einzelheiten ein gemeinsames Lebens- und Bildungselement haben, durch welche sie als Ausflüsse einer Quelle erscheinen, und sich gegenseitig ergänzen und beleuchten. — In der Erforschung der historischen Grundlagen, in der wissenschaftlichen Ergründung und Entwicklung der Natur der Sache, in der Beobachtung und Beurtheilung der Verwicklungen und Krankheiten, so des Rechtslebens überhaupt, wie des gerichtlichen Verfahrens

insbesondre, werden die Bearbeiter überall zusammentreffen, und das Ergebniß dieser zusammentreffenden wissenschaftlichen Bestrebungen wird, sachgemäß vorgetragen, nach allen Seiten hin zum Vortheil der Rechtspflege in den einzelnen Staaten zurückwirken. In diesem Sinne habe ich meine Aufgabe zu lösen gesucht; daher der zweite Titel: „Handbuch des Civilprozesses auf der Grundlage und nach der Ordnung der bayerischen Gesezgebung.“ Möge ihm der Inhalt des Buches zur Rechtfertigung gereichen!

Die Arbeiten meines neuen Berufes, die Theilnahme an den Berathungen des Gerichtshofes, die aus einer Reihe von Jahren vorliegenden Präjudizien, der tägliche Verkehr mit kenntniß- und erfahrungsreichen Kollegen, die freundlichen Mittheilungen, welche ich Mehrern derselben, vor Allen Hrn. Dr. Glück verdanke, — waren eine sehr ergiebige, von mir vielfältig benüzte Fundgrube. — Um die unerschöpfliche Ausbeute fortwährend gemeinnüzig zu machen, habe ich mit dem Anfang des laufenden Jahres eine Wochenschrift: „Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern“ — gegründet, welche sich jezt schon einer lebhaften Theilnahme, einer täglich wachsenden Verbrei-

tung zu erfreuen hat. Zur Aufgabe derselben gehört es auch, die Fortschritte der Wissenschaft im Gebiete des Civilprozesses und die Ergebnisse der Praxis, aus eigner Beobachtung und gütiger Mittheilung, fortlaufend darzulegen, und so dem Kommentar sich als Ergänzungsblatt anzuschließen.

Ansbach den 15. April 1836.

Dr. J. A. Seuffert.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Einleitung.

§. 1. Quellen des bayerischen Civilprozesses 3
§. 2. Fortsezung. Analogie, gemeines Recht, Natur der Sache 11
§. 3. Fortsezung. Kreittmayr's Anmerkungen; preußische Prozeßgeseze 13
§. 4. Fortsezung. Präjudizien, Gerichtsgebrauch . . . 15
§. 5. Hülfsmittel.
I. Kreittmayr's Anmerkungen 20
§. 6. II. Die ältern bayerischen Gerichtsordnungen, Baron Schmid's Kommentar 25
§. 7. III. Das gemeine Recht. Der codex civilis bav. von 1756 26
§. 8. IV. Erläuterungsrescripte. Ständeverhandlungen . 27
§. 9. V. Literatur 29

Beizufügen sind:

Du Prel, Max Frhr., Sammlung auserlesener bayerischer Rechtsfälle, Präjudizien und andrer interessanter Erkenntnisse. Heft. I. Landshut bei Thomann 1836.

Samhaber, C., der Rechtsweg in Bayern diesseits des Rheins, oder Darstellung des in Bayern diesseits des Rheins in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bestehenden gerichtl. Verfahrens, zunächst zur Aufklärung für Nichtjuristen, zugleich auch als Handbuch für Rechtskundige und Geschäftsmänner. Würzburg bei Stahel 1836.

v. Wendt, Abhandl. und Rechtsfälle zur Erläuterung des gemeinen, bayerischen und sächsischen Civilrechts und Civilprozesses. München, Lentner 1836.

Seuffert, J. A., Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern. Erlangen, Palm und Enke. Erster Jahrgang 1836.

Seite

Erstes Kapitel.

Von den Gerichten und der Gerichtsbarkeit.

§. 1. Wie und wo man sein Recht suchen soll (Verbot der Selbsthülfe) 33
§. 2. Wie das forum fundirt werde (vom ordentlichen Gerichtsstand) 36
§. 3. Forum domicilii 38
§§. 4 und 5. Forum delicti und deprehensionis 43
§. 6. Forum contractus 46
§. 7. Forum administrationis 53
§. 8. Forum arresti 58
§. 9. Forum rei sitae 70
§. 10. Forum continentiae vel connexionis causae . . . 73
1) Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen . 74
2) Gerichtsstand der Einheit des Klaggrundes . . 82
§. 11. Von Personen, welche a foro ordinario ausgenommen sind 87
§. 12. Fälle, worin das forum privilegiatum eximirter Personen nicht stattfindet 101
§. 13. Sachen, welche von dem ordentlichen Gerichtszwang ausgenommen sind 104
A. Civilprozeßsachen, für welche besondre Gerichte aufgestellt, oder doch ein bevorzugter Gerichtsstand (forum exemtum) bestimmt ist.
1) Ehegerichtssachen 105
2) Wechselsachen 108
3) Merkantilsachen 111
4) Bergsachen 112
5) Adelssachen 114
B. Begriff der Civilprozeßsachen 115
C. Civilprozeßsachen, deren Verhandlung und Entscheidung den Gerichten entzogen und andern Behörden zugewiesen ist (administrativ-contentiöse Sachen) 122
D. Verwaltungssachen 132
E. Rechtssachen, welche nach verschiednen Beziehungen als Civilprozeß- oder als Verwaltungssachen erscheinen 142
F. Von Kompetenzkonflikten 160

Seite

§. 14. Von dem foro accessorio 180
§. 15. Forum in der Klage ex lege Diffamari, vel si contendat 185
§. 16. Von der praeventio fori 187
§. 17. Von der jurisdictione prorogata vel voluntaria.
I. Von der Prorogation 192
II. Von der freiwilligen Gerichtsbarkeit 197
§. 18. Von der jurisdictione delegata 199
§. 19. Von dem Rechte der ersten Instanz 204
§. 20. Von Rekusirung eines Richters 205
§. 21. Wie, wo und wann die Gerichte zu halten . . . 211
§. 22. Wie die Gerichtsbarkeit erlangt werde, und wiederum erlösche 212

Zweites Kapitel.

Von den gerichtlichen Haupt- und Nebenpersonen.

§. 1. Bestellung der Gerichte.
I. Besezung der Richterstellen. Stabilität der Richteramtspersonen. Oberaufsicht über die Justizverwaltung 217
II. Gerichtsorganisation. Instanzenordnung . . . 221
III. Kollegialverfassung. Einzelrichter 222
IV. Funktionäre, Accessisten, Rechtspraktikanten . 225
V. Besezung der protest. Ehegerichte 228
VI. — — Handels- und Wechselgerichte. 229
VII. — — Berggerichte 230
§. 2. Richtereid und Amt 231
Von der Kollision der Statuten.
A. Leitende Grundsäze 232
B. Besondere Grundsäze.
A. Personenrechte (Zustands- Familienrechte). 236
B. Dingliche Rechte 246
C. Obligationsverhältnisse 247
D. Erbrecht 258
E. Gerichtliches Verfahren und Prozeßrecht . 259
§. 3. Gerichtsschreibers oder Actuarii Pflicht und Amt . 263
§. 4. Von Gerichtsbeisizern 267
§. 5. Von Advokaten und Gerichtsprokuratoren.
I. Stellung der Advokaten im Staate 267

Seite

II. Von den Pflichten und der Würde des Advokaten. 269
III. Rechtsverhältniß des Advokaten zu seinem Klienten. 271
IV. Gegenstände der Disziplinaraufsicht 276
V. Arten der Disziplinareinschreitung 283
VI. Zuständigkeit, Verfahren, Rechtsmittel in Disziplinarsachen der Advokaten 287
§. 6. Von Notariis 290
§. 7. Von comitibus palatinis 291
§. 8. Von gemeinen Stuhlschreibern, Winkelagenten und sogenannten Bauernkönigen 292
§. 9. Von Frohnboten und Gerichtsdienern 295
§. 10. Von Abwesenheit der Beamten und deren Vertretung. 296

Drittes Kapitel.

Von dem Gerichtsprozesse.

§. 1. Vorläufige Erörterungen, die Grundmaximen betr.
A. Von der Verhandlungsmaxime, im Verhältnisse zum richterlichen Amte 299
1) Kein Verfahren von Amtswegen 300
2) Kein Suppliren von Thatsachen und Beweisen. 301
3) Beschränkung auf die Anträge der Partheien. 306
4) Von der richterlichen Beurtheilung 312
5) Prozeßdirektion 313
§. 2. B. Von der Eventualmaxime 316
C. Nothwendigkeit des rechtlichen Gehörs 321
D. Schriftliches Verfahren 322

E i n l e i t u n g.

§. 1.
Quellen des bayerischen Civilprozesses.

Die Hauptquelle ist

1) der Codex Juris Bavarici Judiciarii de anno MDCCLIII; oder die bayerische Gerichtsordnung, von Kurfürst Maximilian Joseph III. am 14. Dec. 1753 publizirt [1].

In diesem Gesezbuche war keineswegs eine durchgreifende Reform ausgeführt worden; vielmehr war die vorgesteckte Aufgabe, was den Inhalt betrifft, die eines „Codex repetitae praelectionis." Das geltende Recht sollte „aus seiner fast unübersehlichen Weitschichtigkeit und höchst beschwerlichen Unordnung" in zweckmäßige „Gestalt und Enge" [2]) gebracht, das Veraltete und Fehlerhafte ausgeschieden, das Zweifelhafte festgestellt, das Fehlende ergänzt werden.

Als zu verarbeitender Stoff lagen vor a) die ältern bayerischen Ordnungen und Verordnungen über Gerichtswesen und der streitenden Theile Rechtsverhältnisse [3]);

1) Ausser den zwei ursprünglichen Ausgaben in Fol. und 8. erschien im J. 1771 eine zweite, — im J. 1804 ein Abdruck in der Stettinischen Buchhandlung zu Ulm, und im J. 1810 eine amtliche neue Ausgabe im Verlag der Redaktion des Regierungsblatts.

2) Vergl. das publ. Patent zum Codex civilis — vom 2. Jan. 1756. — S. Miltner, die Gerichtsordnung Max Joseph III., historisch dargestellt. Landshut 1816.

3) Das Rechtbuch Kaiser Ludwigs aus der Mitte des 14ten Jahrhunderts; Gerichtsordnung von 1616; summar. Prozeß und Gantprozeß aus demselben Jahre u. s. w. S.

b) die Ergebnisse der einheimischen Prozeßpraxis; c) die gemeinrechtlichen Bestimmungen über Civilprozeß römischen, canonischen und deutschen Ursprungs [4]; d) die Leistungen der Doktrin, insbesondere derjenigen theoretischen und praktischen Schriftsteller, welche damals von Gerichten und Fakultäten als gewichtige Auktoritäten benützt zu werden pflegten [5].

Die Gerichtsordnung von 1753 ist in sämmtlichen diesseits des Rheines gelegenen Bestandtheilen des Königreichs nach und nach eingeführt worden [6]. — Diese

Miltner a. a. O. Rudhart Abriß der Geschichte der bayr. Gesezgebung. München 1820.

4) Publ. Patent vom 14. Dec. 1753. „Es sind zu dem Ende alle ältere, sowohl gemeine als statutarische Rechte mit allem Fleiße eingesehen und erwogen worden."

5) Miltner a. a. O. S. 16. Not. x. — Zu den am meisten benüzten gehören die Schriften von Lauterbach, Stryk, Leyser, Berger, Seyfart.

6) In den pfalz-neuburgischen und sulzbachischen Landen erhielt sie Gesezeskraft am 1. Juni 1779; in der Herrschaft Parsberg am 1. Januar 1795; in der Herrschaft Breitenegg am 1. Juni 1798; in Mühldorf am 21. Januar 1803; in den Fürstenthümern Bamberg und Würzburg, und in den schwäbischen Entschädigungslanden am 1. Januar 1804; in den von Preußen im Jahr 1803 acquirirten Orten am 1. Januar 1805; in den fuggerischen Besitzungen am 7. Juni 1806; in den durch den preßburger Frieden erworbenen schwäbischen Gebietstheilen am 1. Okt. 1806; im Fürstenthum Eichstädt am 1. August 1806; in den von Würtemberg abgetretenen oder durch die Mediatisirung resp. Subjektion erworbenen schwäbischen Gebietstheilen am 1. Januar 1807; in den Distrikten Neustadt am Culm und Osternohe am 1. Juni 1807; — in sämmtlichen (damaligen) Gebietstheilen des Königreichs am 1. Jan. 1811; — am 1. Jan. 1815 — mit den bayerischen Novellen — in dem ehemaligen Fürstenthume

Einführung erstreckte sich (mit Ausnahme des Kap. XX) auch auf diejenigen Bestimmungen derselben, welche, zur Sphäre des Civilrechts gehörend, in die Gerichtsordnung nur gelegenheitlich oder des Zusammenhangs wegen aufgenommen sind, z. B. über die Verjährung der Klagen, die Kollision der Statute, die Bedingungen der Syndikatsklage, die Verbindlichkeit zur Urkundenedition, die Erfordernisse eines Vergleichs [7]) u. s. w.

Die Gerichtsordnung ist

2) durch spätere Verordnungen und Geseze in vielen

Aschaffenburg (königl. Resc. vom 10. Dez. 1814 und 19. Jan. 1815); am 1. Jan. 1817 mit den würzburgischen Novellen in den vormals hessischen Aemtern und den fuldischen Gebietstheilen (königl. Resc. vom 23. Okt. und 1. Nov. 1816); — am 1. Okt. 1817 (mit den bayer. Novellen) in dem vormals österreichischen Amte Redwiz; am 1. Jan. 1823 mit den bayer. Novellen in dem vormals badischen Amt Steinfeld. Vergl. Novellen-Sammlung Bd. I S. 1—26; Bd. II S. 1—3; Bd. III S. 1; Bd. IV S. 1—3; ferner in Ansehung der Einführung im Aschaffenburgischen das aschaffenburger Intelligenzblatt vom 24. Dez. 1814 St. 104 und die Ständeverhandlungen von 1822 Beil. Bd. I S. 138; hinsichtlich der hessischen Aemter dasselbe Intelligenzblatt vom 6. Nov. 1816 St. 89.

7) In der Verordnung vom 2. Jan. 1804, die Einführung der bayerischen Gerichtsordnung in Schwaben betr., heißt es zwar: die Einführung der bayerischen Gerichtsordnung hat auf das Civilrecht nicht den mindesten Bezug; — aber damit wollte nur die Anwendung des altbayerischen Civilgesezbuches (bayer. Landrecht von 1756) nicht aber der in der Gerichtsordnung enthaltenen streng genommen zur Sphäre des Civilrechts gehörigen Bestimmungen ausgeschlossen werden. Leztere, welche großentheils nur die allgemeinsten Grundsäze, z. B. von der Verjährung der Syndikatsklage u. s. w. aussprechen, sind überall aus den Civilrechten der Provinz zu ergänzen.

Stellen abgeändert, authentisch erläutert oder ergänzt worden. — Ueber die Gesezeskraft dieser s. g. Novellen [8]) ist zu bemerken:

a) Nur diejenigen Abänderungen, Zusäze und Erläuterungen, welche vom Gesezgeber selbst ausgegangen oder sanktioniret, und öffentlich kundgemacht wurden, haben Gesezeskraft. — Aussprüche der Ministerien oder des obersten Gerichtshofs über die Auslegung gewisser Gesezstellen oder die Entscheidung gewisser Rechtsfragen haben nur doktrinelle Auktorität, und dienen nur insofern zur Richtschnur, als sie von dem zur Anwendung berufenen Richter für gesezgemäß erkannt werden, oder eine nach dem Inhalte der Geseze absolut zweifelhafte Frage betreffen, in welch lezterem Falle die Befolgung des der Gesezeskraft ermangelnden Ausspruchs in der Rücksicht

8) Novellen zur Gerichtsordnung München 1811; II. Bd. Landshut 1818; III. Bd. Memmingen 1819; IV. Bd. Memmingen 1823. Herausgeber von Nr. II—IV ist Dr. Moritz. Vergl. v. Spies Sammlung aller Ergänzungen und Erläuterungen zum Codex judiciarius. Bamberg 1835. — Die Novellen bestehen entweder in Vorschriften, welche nach Art der Geseze (in s. g. Ediktsform) ergangen sind, oder in Normativrescripten des Gesezgebers an die Behörden, oder in Entschließungen des Justizministeriums oder des obersten Gerichtshofes. Mag auch eine solche Entschließung nur aus Veranlassung eines speziellen Falles oder in Bezug auf denselben erlassen worden seyn, so ist ihr doch, wenn sie zur Nachachtung gehörig kundgemacht oder in eine als amtlich anerkannte Sammlung aufgenommen ist, die allgemeine Wirksamkeit (nach Maßgabe obiger Regeln) nicht abzusprechen. — Die oben bezeichneten Sammlungen sind als amtlich nicht anerkannt; es ist jedoch zu bemerken, daß von der ersten derselben Bd. I in der Redaktion des Regierungsblattes, und die übrigen Bände mit Authorisation des Justizministeriums, welchem das Manuscript zur Einsicht vorgelegt war, erschienen sind.

auf Gleichförmigkeit der Rechtspflege einen sehr gewichtigen Grund für sich hat.

Bei Novellen aus der Zeit nach dem 26. Mai 1818 ist die Gesezeskraft nach Tit. VII §. 2 der Verfassungsurkunde zu beurtheilen.

Hinsichtlich der Novellen aus der Zeit vor der Gründung der Regierungsblätter, wird die gehörige Kundmachung angenommen, wenn sie in der Sammlung der Generalien- und Landesverordnungen vom Jahre 1771, und in den Fortsezungen derselben von Georg Karl Mayr (s. g. Mayrische Generalien-Sammlungen) [9] enthalten sind.

Von 1799 bis 1806 bestanden in den einzelnen Provinzen [10] besondere Regierungsblätter; mit dem 1. Jänner 1806 trat das allgemeine Regierungsblatt als das einzige Organ der Geseze und Verordnungen [11] ins Leben, so daß seitdem Kundmachung in diesem Amtsblatte Bedingung der Gesezeskraft war. — Seit 1818 ist das „Gesezblatt" vom Regierungsblatt getrennt [12], und ersteres seit 1819 ausschließend für Bekanntmachung der Geseze — im Sinne der Verfassung — bestimmt. Von dieser Zeit an konnten verbindliche Nor-

9) Die erste derselben besteht aus 6 Foliobänden (1784—1799); die zweite (Landesverordnungen Maximilian Josephs IV. enthaltend), — aus 2 Foliobänden (1800—1802). —

10) In der Verordnung vom 5. Okt. 1799 (Max. Jos. Gen. Samml. I. Nr. 76 S. 114) wurde das münchner Intelligenzblatt als offizielles Regierungsblatt erklärt, in der Folge aber (17. Okt. und 23. Nov. 1801) das leztere von dem Intelligenzblatte gänzlich getrennt. — Neben dem münchner Regierungsblatt erschienen in den einzelnen Provinzen einzelne Regierungsblätter — in Amberg, Neuburg, Bamberg, Ulm.

11) Reg. Bl. von 1806 S. 4. 5.

12) Verordnung vom 29. Dez. 1817 — vor dem Reg. Bl. von 1818 abgedruckt.

men über Gegenstände, welche zur Sphäre der Gesezgebung gehören, in dem Regierungsblatte nicht mehr vorkommen.

b) Die sämmtlichen seit der ersten Promulgation der Gerichtsordnung ergangenen Novellen, deren Wirksamkeit nicht ausdrücklich auf einzelne Provinzen beschränkt worden [13], gelten auch in denjenigen Bestandtheilen des Königreichs, in welchen die Gerichtsordnung erst später, insbesondere nach der neuen Bildung des bayerischen Staates im ersten Dezennium dieses Jahrhunderts — eingeführt wurde. In Ansehung der Novellen aus der Zeit vor dieser Einführung fußt die Gesezeskraft, was die neuen Provinzen betrifft, nur für einzelne Gebietstheile derselben auf ausdrücklichen Bestimmungen der Einführungsverordnungen [14]; indem leztere, insbesondere die Verordnung vom 4. Oktober 1810 (die Einführung des bayerischen Judiziarkodex in allen Bestandtheilen des Königreichs betreffend) nur von der Gerichtsordnung, nicht auch von den Novellen sprechen. Die Praxis ist aber von der ganz natürlichen Ansicht ausgegangen, es könne die Meinung des Gesezgebers, welcher Gleichförmigkeit der Prozeßgesezgebung beabsichtige, nicht gewesen seyn, bei der Einführung der Gerichtsordnung in den neuen Gebietstheilen des Königreichs alles auf den Zustand der ersten Promulgation derselben zu-

13) Wie z. B. die Wirksamkeit der Verordnung vom 28. Nov. 1803, die Berufungssumme betr. (Nov. Samml. I. S. 275) auf die fränkischen Provinzen Bamberg und Würzburg beschränkt worden.

14) Z. B. bei der Einführung in dem Fürstenthum Aschaffenburg (hinsichtlich der bayerischen Novellen); — in den fuldaischen und hessischen Aemtern (in denen die würzburgischen Novellen ausdrücklich eingeführt wurden) — in dem Amte Redwiz und dem Amte Steinfeld in Ansehung der bayer. Novellen. S. oben Note 6.

rückzuführen; — es habe sich vielmehr von selbst verstanden, daß die Gerichtsordnung in derjenigen Gestalt und unter denjenigen Modifikationen eingeführt werden wollte, in welchen und mit welchen sie zur Zeit der Einführung überhaupt noch Gesezeskraft hatte. — Was schon früher für die ältern Provinzen durch Novellen aufgehoben war, existirte nicht mehr als Gesez und konnte daher nicht Gegenstand der Einführung seyn; Novellen, welche eine authentische Auslegung enthalten, müßten ohnehin beobachtet werden; und die Einführung der Gerichtsordnung erstreckte sich natürlich auf Alles, was dazu gehörte, daher auch auf die Ergänzungen, welche durch Novellen hinzugekommen waren. — Es ist demnach allgemein, auch durch Präjudizien des obersten Gerichtshofs [15]) anerkannt, daß die Novellen ohne Unterschied der Zeit ihres Ursprungs auch in den neuen Gebietstheilen des bayerischen Staates Gesezeskraft haben.

c) Eine Ausnahme besteht nur für die Bestandtheile des Untermainkreises, welche vormals das Großherzogthum Würzburg bildeten und diejenigen, welche früher zum Fürstenthum Fuld oder zum Großherzogthum Hessen gehörten. — Das vormalige Fürstenthum Würzburg war schon in Gemäßheit des Reichsdeputations-Hauptrezesses vom 25. Februar 1803 als Entschädigungsland an Kurbayern gefallen, und die bayerische Gerichtsordnung, zufolge der Einführungsverordnung vom 23. April 1803 in dieser Provinz mit dem 1. Jänner 1804 in Wirksamkeit getreten [16]). Bei den dortigen Gerichten stellte sich die Ansicht fest, daß die Einführung sich auf die seit 1753 erschienenen Novellen nicht mit erstrecke. Im J. 1806 wurde Würzburg in Folge des preßburger Friedens von Bayern wieder getrennt, und bildete, zuerst als Kurfürstenthum, sodann nach Auflösung des deutschen Reichs

15) Z. B. vom 15. Nov. 1834. (F. Nr. 286. $^{27}/_{28}$.)
16) Nov. Samml. Bd. I S. 7.

als Großherzogthum — bis zum Juni 1814 einen selbstständigen Staat, welcher im Laufe dieser Jahre, theils durch die Mediatisirung, theils durch Abtretungen von Bayern im J. 1810, vergrößert wurde. Die Gerichtsordnung von 1753 wurde beibehalten, aber eine Gesezeskraft der bis zur Einführung ergangenen Novellen nicht anerkannt. Dagegen erließ die großherzogliche Regierung mehrere Geseze, durch welche die Gerichtsordnung in manchen ihrer Verfügungen modifizirt wurde. — Dieser Zustand, nach welchem die in Bayern von Promulgation der Gerichtsordnung bis zu deren Einführung in der Provinz Würzburg, und sodann von Zeit der Lostrennung Würzburgs von Bayern im J. 1806 bis zur Wiedervereinigung im J. 1814 ergangenen Novellen [17] — im vormaligen Großherzogthum nicht gelten, wohingegen die großherzoglich würzburgischen Novellen in diesem Landestheile zur Anwendung kommen, — dauert auch jezt noch fort, und es wurde auch die Einführung der Gerichtsordnung in die ehemals fuldaischen Gebietstheile und die vormals hessischen Aemter Amorbach, Miltenberg, Heubach und Alzenau auf die darauf Bezug habenden Novellen nur in der Art erstreckt, „wie solche in der „Provinz Würzburg bereits eingeführt waren [18].“ — Unrichtig ist es, wenn v. Spies in seiner Sammlung aller Ergänzungen und Erläuterungen S. 1 anführt, auch in den aschaffenburgischen Aemtern seyen die würzbur-

17) Jedoch mit Ausnahme derjenigen, welche, wie z. B. die Disciplinarvorschriften für die Advokaten, nach der Wiedervereinigung für Würzburg besonders promulgirt wurden. Vergl. Moritz Nov. Samml. Bd. II S. 157.

18) S. o. §. 1. Note 6. In Würzburg erschien im J. 1817 „eine Sammlung der Novellen zur bayerischen Gerichtsordnung, so wie solche dermal in dem königl. bayer. Großherzogthum Würzburg eingeführt sind.“ — Vergl. auch die Ständeverhandlungen von 1822 Beilagenband I S. 138.

gischen Novellen eingeführt. In den Bestandtheilen des ehemaligen Fürstenthums Aschaffenburg gelten die bayerischen Novellen [19].

Die wichtigste unter den Novellen zur Gerichtsordnung ist das Gesez vom 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend. — Die Anwendung dieses Prozeßgesezes hat zahlreiche Kontroversen hervorgerufen; in Ansehung welcher in Gönners Kommentar [20] häufig eine befriedigende Lösung gefunden wird.

§. 2.

Fortsezung. Analogie, gemeines Recht, Präjudizien, Natur der Sache.

Wenn sich für die vorliegende prozessualische Rechtsfrage eine ausdrückliche Entscheidung weder in der Gerichtsordnung selbst, noch in den Novellen findet, so hat der Richter

3) darauf Bedacht zu nehmen, ob nicht durch Schlußfolgerungen aus den Gründen, insbesondere aus dem Zwecke vaterländischer Gesezesvorschriften, oder durch Entwicklung der in denselben ausgesprochenen leitenden Grundsäze — eine dem vermuthlichen Willen des Gesezgebers entsprechende Norm erkannt werden könne. — Läßt sich aber der vorfallende Zweifel weder aus den Worten noch aus „dem Verstand" [1]) der bayerischen Geseze entscheiden — so ist

4) auf das gemein-deutsche Prozeßrecht, und

19) Vergl. die Ständeverhandl. von 1822 a. a. O.

20) Erlangen in der Palm'schen Verlagshandlung 1820. — S. unten §. 9.

1) S. das Publ. Patent zur Gerichtsordnung vom 14. Dez. 1753.

dessen Quellen, Doktrin und Praxis zurückzugehen [2]; hierbei

5) auf Präjudizien der vaterländischen Gerichte (nach den im §. 4. der Einleitung vorgetragenen Regeln) vorzügliche Rücksicht zu nehmen; und

6) in Ermangelung positiver Entscheidungsnormen die Natur der Sache zu befragen. Darunter sind „die aus dem Wesen und dem Zwecke eines Instituts abzuleitenden Regeln zu verstehen. Wo die Geseze selbst nichts genauer bestimmen, da haben sie nothwendig mit dem Wesen eines von ihnen gebilligten Instituts alles das, was hieraus gefolgert werden muß, stillschweigend gebilligt, und mit der Anerkennung eines bestimmten Zweckes einer Handlung oder Einrichtung, die Gültigkeit der aus der Analyse des gebilligten Zweckes abzuleitenden Regeln anerkannt" [3].

2) S. das angef. Publ. Patent: „Da endlich mit der Zeit solche **Dubia juris** vorfielen, welche sich weder aus den Worten, noch dem Verstand der neuen Verordnung (nämlich der Gerichtsordnung) decidiren ließen, — sollen dieselben gleichwohl von jeder Obrigkeit selbst, wie vorhin, also noch weiter aus denen gemein — geschrieben — natürlich und andern bisherigen Rechtsprinzipiis ihrem besten Wissen und Gewissen nach ohne Anfrage entschieden werden." — Ein vorzügliches Gewicht ist dem Reichskammergerichtsprozeß beizumessen, weil ihn die Reichsstände in dem Reichsabschied von 1654 §. 137 auch für ihre Territorialgerichte und Dikasterien in **subsidium juris statutarii** zur Norm angenommen haben. S. Kreitmayr in der Vorrede zu den Anmerkungen. — Uebrigens ist das gemeine Recht, soweit es subsidiäre Rechtsquelle ist, nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft in Anwendung zu bringen. S. unten §.7.

3) Diese Stelle ist entnommen aus Grolman Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsstreit. ed. IV §. 11, welcher indessen beifügt: „Nöthige Vorsicht bei dem Gebrau-

Die Kunst des Rechtsgelehrten, insbesondere des Richteramtes ist (nach Savigny's Ausdruck) — mit Rechtsbegriffen zu rechnen. So wie der Mathematiker durch Anwendung einfacher Grundregeln die schwierigsten Probleme mit Evidenz löst, so wird dem Richter bei den verwickeltsten, ganz eigenthümlich gestalteten Fällen die rechte Entscheidung sofort zur Hand seyn, wenn er die Gesezesvorschriften nicht blos ihren Worten nach sich einprägt, sondern von dem Wesen der Institutionen, von den Grundbegriffen der einzelnen Materien und von den Gründen der gesezlichen Vorschriften und Einrichtungen eine klare Anschauung erlangt; — wenn ihm z. B. die Bedeutung der Verhandlungsmaxime, der Eventualmaxime, oder die allgemeine Natur der Sachlegitimation, Streitgenossenschaft, Intervention, des Ungehorsams u. s. w. lebendig vor Augen stehen, und er die Beschaffenheit des Rechtsfalls von dem Standpunkte der Grundbegriffe aus durchblickt. — Kunstfertigkeit in solchem „Rechnen mit Rechtsbegriffen" ist die Probe juristischer Tüchtigkeit.

§. 3.

Forsezung. Kreitmayr's Anmerkungen; preußische Prozeßgeseze.

In den Bezirken der vormaligen Herrschaften Parsberg und Breitenegg sind auch Kreitmayr's Anmerkungen zur Gerichtsordnung als eine Quelle des Civilprozesses zu betrachten; indem solche durch die Verordnungen vom 21. Okt. 1794 und 7. Mai 1798 für jene Bezirke ausdrücklich mit eingeführt wurden [1]).

Für die vormals preußischen Provinzen (Ansbach und

che dieser Quelle, um nicht das Nüzliche und Räthliche mit dem rechtlich Nothwendigen zu verwechseln."

1) Vergl. Nov. Samml. Bd. I S. 4.

Baireuth) ist durch Verordnung vom 29. Nov. 1810 bestimmt worden [2]: „In Ansehung derjenigen Gegenstände, über welche der bayerische Judiciarkodex keine Bestimmungen enthält, und welche auch aus den in demselben aufgestellten Grundsäzen nicht beurtheilt werden können, behält es bei der preußischen Prozeßordnung sein Bewenden. — Gleiches gilt von denjenigen Theilen der preußischen Prozeßordnung, welche mit den dem allgemeinen preußischen Landrechte eigenthümlichen Rechtsinstituten und Grundsäzen im wesentlichen Zusammenhange stehen, wie solches bei dem Verfahren gegen Verschollene und bei Todeserklärungen, bei dem Liquidationsprozeß über Grundstücke, bei dem Aufgebote liegender Gründe oder einzelner darauf eingetragenen Forderungen [3] u. d. g. der Fall ist."

In Gemäßheit dieser Vorschrift haben folgende preußische Verordnungen, welche die preußische Gerichtsordnung ergänzen, noch Gesezeskraft [4]:

1) vom 11. Juni 1797 wegen Aufnahme der Inventarien und Anfertigung der Theilungsrezesse in Verlassenschaftssachen [5];

2) §. 6 des Abschnittes V einer Verordnung vom 30. Dez. 1798 hinsichtlich der Vorschriften über Protokolle bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit [6];

2) Nov. Samml. Bd. I S. 25.

3) Wegen eingetragener Forderungen gelten jezt die Bestimmungen des Hypothekengesezes §. 82 und 156.

4) S. v. Spies Samml. der Erl. und Erg. zur Gerichtsordnung S. 2.

5) S. g. Aemterinstruktion §. 12 zu lit. b nr. 3, 4, 5. und das folgende.

6) Die gedachte Verordnung hat überhaupt „die genauere Bestimmung verschiedener im allgemeinen Landrecht und der

3) vom 19. Dez. 1799 [7];

a) zu §§. 23 und 24 Tit. 36 Thl. I der allgemeinen Gerichtsordnung wegen Todeserklärungen [8];

b) zu §. 9 Tit. 1 Thl. II der allgemeinen Gerichtsordnung wegen Aufnahme von Schenkungen und Einkindschaftungsverträgen [9].

§. 4.

Fortsezung. Besondere Grundsäze von Präjudizien und Gerichtsgebrauch [1].

A.

Das römische Recht verordnet: Wenn über eine Rechtsfrage die gesezlichen Vorschriften dermassen zweideutig, unbestimmt oder gar mit einander im Widerstreite sind, daß die Auslegung mit allen ihr zu Gebote stehenden Hülfsmitteln kein bestimmtes zuverlässiges Resultat liefern kann, so tritt die Wirksamkeit des Gerichtsgebrauches, der rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas ein, d. h. die Entscheidung der Streitfrage, nach welcher lange Zeit gleichförmig geurtheilt wurde, soll auch ferner beibehalten werden [2].

Gerichtsordnung enthaltenen Vorschriften" zum Gegenstande. Vergl. übrigens Kap. II §. 3 dieses Kommentars.

7) Der Betreff ist auf gleiche Weise, wie bei der vorigen, bezeichnet.

8) Nr. X der erwähnten Verordnung.

9) Nr. XV. — In Ansehung der Befugniß der Patrimonialgerichte zur Aufnahme von Verträgen — vergl. unten Kap. I. §. 17. Not. 21.

1) Jordan im Archiv für civ. Praxis Bd. VIII S. 191 ff. Müller in den civil. Abh. I Nr. 5. Vergl. meine Erörter. einzelner Lehren des röm. Pr. R. I. S. 31 — 35.

2) Fr. 37 de legibus: „Si de interpretatione legis quaeratur: inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo." Fr. 38 eod. „Nam Imperator noster

Nach dem jüngsten Reichsabschied §. 136 [3]) sollen die Assessores (des Reichskammergerichts) — gegen einander laufende Präjudizien in alle Weg verhüten helfen, und (nach dem Visitationsabschied von 1713 §. 84 [4]) — dahin sehen, daß in gleichen Fällen gleiches Recht und Prozeß erkannt werden.

Das bayerische Landrecht von 1756 bestimmt in Th. I Kap. II §. 14 Nr. 3: „Die bei der obersten Justiz-Instanz ergangene Res judicatae und Praejudicia haben zwar die Kraft eines geschriebenen Generalgesezes nicht, dienen aber in zweifelhaften gleichen Fällen zur Usual-Interpretation, und ist mithin alle Kontrarietät hierin zu vermeiden" [5]).

So nach der Natur der Sache, wie nach vorstehenden Gesezesvorschriften kann

1) von bindender Autorität der Präjudizien keine Rede seyn, wenn über dieselbe Streitfrage verschiedene Entscheidungen desselben Gerichtes vorliegen; wenn insbesondere der oberste Gerichtshof des Reiches über die zweifelhafte Rechtsfrage in dem einen Falle so, in einem andern auf andre Weise geurtheilt hat. Wenn hingegen

2) die bisherigen Entscheidungen gleichförmig sind, so darf sich doch der Richter von einer neuerlichen Prüfung der Streitfrage keineswegs dispensiren; und wenn er

Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere." — Vergl. Zimmern Rechtsgeschichte I. §. 15.

3) Bergmann Corpus Juris judiciarii S. 456.

4) Ebendaselbst S. 482.

5) Abweichend bestimmt das preußische Landrecht Thl. I Tit. I. §. 6: "Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältern Aussprüche der Richter, soll, bei künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden.

er in Folge desselben mit **voller Ueberzeugung** erkennt, daß die vorhandenen Entscheidungen auf irriger Ansicht fußen, so hat er das Urtheil nicht nach Maßgabe der Präjudizien, sondern nach seiner Ueberzeugung zu fällen. Hier gilt die Regel: Non exemplis, sed legibus judicandum est [6]).

3) Häufig aber wird auch die gründlichste Prüfung kein anderes Resultat liefern, als daß sich mit **voller Gewißheit** nicht ausmitteln lasse, welches der Sinn des Gesezes, oder was überhaupt in Ansehung der vorliegenden Zweifelsfrage Rechtens sey [7]). So oft nun der unbefangen prüfende, weder vorgefaßten Meinungen noch Auktoritäten huldigende Richter sich sagen muß, daß so für die eine, wie für die andere Ansicht, nur Gründe der Wahrscheinlichkeit sprechen [8]); wenn eben so wenig allgemeine Rechtsregeln mit Bestimmtheit den Ausschlag geben, so hat er das Urtheil nach der durch Präjudizien bereits bekräftigten Ansicht zu sprechen; sollte ihm auch die entgegengesezte, nach **subjektivem Dafürhalten**,

6) Const. 13. de sent. et interlocut. (7, 45.)

7) In diese Lage wird der Richter besonders dann kommen, wenn sich über die vorwürfige Frage in den Gesezen eine Entscheidung gar nicht findet, wenn es gilt, durch Analogie, durch Argumentation aus der Natur der Sache oder aus allgemeinen Rechtsbegriffen die anzuwendende Norm zu finden. — Hier ist der Wirksamkeit des Gerichtsgebrauchs und der Präjudizien ein weites Feld geöffnet.

8) Ein solcher Zweifelsfall ist z. B. vorhanden, wenn sich zwar die Gründe für die eine Ansicht recht schlagend aufstellen, aber die für die andre Ansicht sprechenden nicht eben so schlagend widerlegen lassen. — Ein besonderes Gewicht haben Präjudizien in Sachen, welche nach Partikularrechten, Lokalrechten und Gewohnheiten zu entscheiden sind; in quibus praejudicium multum facit ad sedendam judicis conscientiam. Vergl. **Wolf** de praejud. judicialibus, pag. 9.

auf dem Standpunkte der Wahrscheinlichkeit als die richtigere erscheinen. Solches Gewicht ist

4) insbesondere den Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes beizumessen; und zwar nicht blos bei Entscheidungen der ihm untergeordneten Gerichte zweiter und erster Instanz, sondern auch, wenn über dieselbe Rechtsfrage bei dem obersten Gerichtshofe selbst neuerdings zu entscheiden ist. — Die Urtheile des Oberappellazionsgerichts werden zwar in den einzelnen Senaten desselben gefällt; aber sie werden als Aussprüche des gesammten Gerichtshofs ausgefertigt und verkündet; es sind „bei der obersten Justiz-Instanz ergangene **Res Judicatae** und **Praejudicia**" und es ist sonach in zweifelhaften gleichen Fällen auch von anderen oder aus andern Mitgliedern gebildeten Senaten desselben Gerichtshofs „alle Kontrarietät zu vermeiden."

Die Kontrarietät ist zur Aufrechthaltung des Ansehens der Gerichte und um die Staatsgenossen nicht über Recht und Unrecht irre werden zu lassen [9]), — gleichfalls zu vermeiden, wenn eine absolut zweifelhafte Rechtsfrage (s. oben Nr. 3.) bei einem Gerichte zweiter Instanz zur Entscheidung kömmt, und darüber zwar keine oberstrichterlichen Präjudizien, aber frühere Erkenntnisse desselben Appellationsgerichts vorliegen; — oder wenn ein Unterrichter in den Fall kömmt, zwischen der von demselben Untergerichte oder dem ihm vorgesezten Appellationsgerichte früher angewandten Ansicht, und einer andern zu wählen,

9) Diese Rücksicht sollte jeder Richter, welcher über eine Kontroverse zu entscheiden hat, gewissenhaft beherzigen, und der Egoismus eigner Meinung, wenn solche nicht auf voller Ueberzeugung beruhet, der Stätigkeit des Rechtes überall zum Opfer gebracht werden.

welche ihm als die wahrscheinlicher richtige erscheint [10].

5) Im Sinne der reichsgesezlichen und der Vorschrift des bayerischen Landrechts muß man es für genügend halten, wenn über die zweifelhafte Rechtsfrage auch nur eine frühere Entscheidung vorliegt. Denn wäre das einzige vorliegende Präjudiz nicht zu beachten, so würde durch die zweite abweichende Entscheidung die Kontrarietät, welche vermieden werden soll, gerade herbeigeführt werden [11].

Uebrigens ist

6) bei Benüzung von Präjudizien nicht ausser Augen zu lassen, daß oft Umstände, welche an sich unbedeutend scheinen, die Beschaffenheit des Falles in der Art verändern, daß volle Gleichheit, wie sie das Gesez erfordert, nicht mehr vorhanden ist und sonach das Präjudiz nicht zur Norm dienen kann. (Minima circumstantia variat rem).

B.

Unter Gerichtsgebrauch — im engern Sinne —

10) Bei Präjudizien, welche nicht von dem obersten Gerichtshofe ergangen sind, wird natürlich vorausgesezt, daß sie nicht durch abänderndes Erkenntniß der höhern Instanz entkräftet wurden.

11) Schweppe röm. Privatrecht ed. IV §. 36: „Ein einziges Präjudizium begründet noch keinen Gerichtsgebrauch; es wird aber doch schon von den Römern als eine Auktorität angeführt, und sollte zur Verhütung eines fortwährenden Schwankens der Gerichte wenigstens nicht ohne bessere Gründe wieder verlassen werden." — Derselbe lehrt im §. 37: „Ist die Praxis fest und bestimmt, so soll man durch neue Entdeckungen, so ehrenwerth sie auch immer für die Theorie sind, nicht gleich die Praxis schwankend machen, da es häufig gar nicht so sehr darauf ankömmt, was gilt, als daß das Geltende gewiß sey."

versteht man Normen über Art und Ordnung der Geschäftsbehandlung, welche sich durch Uebung der Gerichte gebildet haben, z. B. über äussere Formen der Eingaben, Konzepte, Protokolle, Ausfertigungen; über die Eintheilung der Zeit zur Vornahme verschiedener Geschäfte, über die Kontrolle der Mitglieder von Seite der Vorstände u. d. g. — Die Bildung und Wirksamkeit eines solchen Gerichtsgebrauches unterliegt insofern keinem Bedenken, als derselbe nur zur Ergänzung der gesezlichen Vorschriften dient und seiner Handhabung kein Einfluß auf prozessualische Rechte und Verbindlichkeiten der Partheien eingeräumt wird. Nur durch Disciplinareinschreitung kann zur Aufrechthaltung desselben gewirkt werden. — Unter diesen Beschränkungen gilt der Saz: „mos judiciorum, qui hactenus obtinuit, in posterum servetur intactus“ [12]).

§. 5.

Hülfsmittel. I. Kreittmayr's Anmerkungen [1]).

So wie die Gerichtsordnung von 1753 die Hauptquelle des bayerischen Civilprozesses ist, so sind Kreittmayr's Anmerkungen zur Gerichtsordnung als das vor-

12) Vergl. Const. 11. de injuriis (9, 53.)

1) Zuerst im J. 1755 bei Vötter in München erschienen unter dem Titel: „Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Judiciarii, worin derselbe sowohl mit den gemeinen als ehemalig-statutarischen Gerichtsordnungen und Rechten genau collationirt, mithin nicht nur der Unterschied inter jus vetus et novum, sammt denen Fontibus, woraus das Leztere geschöpft worden, angezeigt, sondern auch dieses mit Beifügung der bei denen höchsten Reichsgerichten üblichen Praxi in ein mehreres Liecht gesezet, und mit einem vollständigen Indice sowohl über den Codicem selbst, als die Anmerkungen versehen, — von einem Ungenannten. — Neuere Abdrücke wurden in den J. 1771, 1778, 1813 und 1821 veranstaltet.

züglichste Hülfsmittel zu bezeichnen. Ihre Auktorität beruht darauf, daß sie den Verfasser des Gesezbuchs selbst zum Urheber haben, und ihrem Inhalte nach „die reine Quelle ursprünglich anzeigen, woraus gedachter Codex meistentheils geschöpft worden ist.“ Ihre Bestimmung war „den Leser viel unnöthiger Zweifel und Anstände zu entheben,“ insbesondere bei Beantwortung von Fragen, in Ansehung welcher sich das Bedürfniß eines „Zusazes, Limitation, Extension oder Deklaration“ zeigen würde.

Ueber die Benüzung der Anmerkungen lassen sich folgende Regeln aufstellen:

1) Ist eine Stelle der Gerichtsordnung einer mehrfachen Auslegung fähig, und sonach die Wahl zwischen der einen oder der andern zu treffen, so ist das Gesez vorzugsweise nach der in den Anmerkungen gebilligten anzuwenden. — Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Billigung geradezu, oder durch Verweisung auf die Quelle, aus welcher bei Abfassung des Gesezbuchs geschöpft worden, ausgesprochen ist. Es sind vielmehr die Stellen der älteren bayerischen Gerichtsordnungen, oder der gemeinrechtlichen Geseze und Rechtsbücher, oder der Schriftsteller, auf welche Kreittmayr — als auf die Quellen einer Vorschrift der Gerichtsordnung verweißt, mit gleicher Auktorität, wie die Aussprüche der Anmerkungen selbst, als Auslegungshülfsmittel zu benüzen.

2) Läßt die anzuwendende Stelle der Gerichtsordnung nach grammatischer Auslegung keinem Zweifel Raum, in den Anmerkungen wird derselben aber ein weiterer Umfang beigelegt, als der deutliche Buchstabe enthält (s. g. interpretatio extensiva), oder es wird angeführt, daß die Gesezstelle auf gewisse Fälle, welche gleichwohl der Buchstabe derselben umfaßt, keine Anwendung finde (s. g. interpret. restrictiva), so ist dieser Erweiterung

oder Beschränkung nur insofern eine Folge zu geben, als sie ausserdem überzeugende Gründe der logischen Auslegung für sich hat, aus welchen sich zeigen läßt, daß die fragliche Erweiterung oder Beschränkung der Absicht des Gesezgebers gemäß sey. — Fehlet diese objektive Begründung, so können die Anmerkungen auch dann nicht zur Richtschnur dienen, wenn die anzuwendende Gesezstelle, z. B. dem gemeinen Rechte entnommen ist, in diesem aber in dem weitern Umfange oder mit den Ausnahmen der Anmerkungen vorkömmt. Denn eben daraus, daß die Stelle der Gerichtsordnung beschränkter gefaßt ist, als ihre Quelle lautet, oder daß dort die Ausnahmen nicht erwähnt worden, welche in der leztern der Regel beigefügt sind, erhellt die Willensmeinung des Gesezgebers, der Quelle nicht ohne Modifikation zu folgen, und insbesondere die nicht wiederholten Ausnahmen zu verwerfen [2].

Wenn überhaupt

3) die Anmerkungen von der Vorschrift des Gesezes geradezu abweichen, so versteht sich von selbst, daß sie nicht zu beachten sind [3].

4) Häufig enthalten die Anmerkungen ganz selbstständige Zusäze, welche sich weder als Erweiterung noch als Beschränkung einer Stelle der Gerichtsordnung anschließen, sondern eine von lezterer gar nicht berührte Frage

2) Dies gilt z. B. von den Anmerkungen zur Gerichtsordnung XI § 6, in Bezug auf die Ausnahme von der Editionsverbindlichkeit, welche hier zu Gunsten des Fiskus gemacht wird.

3) Der Entwurf zur Gerichtsordnung ist zwar von Kreittmayr allein verfaßt, nachher der Revision durch die Dicasteria und Landschaftsdeputirte unterstellt worden. Daraus erhellt, wie wohl Manches, was Kreittmayr mißbilligte, in dem Gesezbuch eine Stelle finden konnte. — Vergl. die Vorrede der Annotat.

betreffen, und hierdurch eine Lücke des Gesezes ausfüllen, oder einen zur Sphäre des Civilprozesses nicht gehörigen Rechtssaz gelegenheitlich aussprechen. —

Zusäze solcher Art haben keine andre als doktrinelle Auktorität, d. h. der Richter ist nicht befugt, sie ohne weiters als geltende Norm in Anwendung zu bringen; er ist vielmehr verpflichtet, die Richtigkeit der ausgesprochenen Ansicht einer Prüfung gerade so zu unterstellen, wie eine solche der Anwendung der Lehrmeinungen eines andern Schriftstellers vorangehen muß. Bei dieser Prüfung hat er sich nicht auf den Standpunkt der Zeit zu stellen, aus welcher die Anmerkungen stammen; er ist dabei unabhängig, und kann unbedenklich die Fortschritte der Wissenschaft bis zur Gegenwart benüzen. — Das blinde Schwören auf alle Worte Kreittmayr's, das bequeme Beugen unter die Auktorität seiner Aussprüche, würde der Bestimmung der Anmerkungen und der Absicht ihres preiswürdigen Verfassers selbst zuwiderlaufen [4]). Er hat nichts weniger im Sinne gehabt, als seinem Werke einen solchen Einfluß zu verschaffen. Nach der Vorrede ist in den Anmerkungen

> „nicht nur das Jus commune tam scriptum, quam naturale überall mit beigefügt, sondern — mit einem Wort — das Werk so einzurichten gesucht, daß es sowohl von In- als Ausländern für ein Compendium Juris Judiciarii tam communis quam Bavarici mit Nuzen gebraucht werden mag."

Kreittmayr erklärt also ausdrücklich, daß ein großer Theil des Inhalts der Anmerkungen in Säzen des gemeinen Rechts bestehe. Diesen sind alle selbstständige Zusäze der angeführten Art beizuzählen, sofern dabei

4) Vergl. auch über die Unzulässigkeit einer solchen Anwendung der Annotationen noch die Bemerkung der Note 2.

nicht auf ältere bayerische Rechtsquellen hingewiesen ist. — Natürlich hat Kreittmayr in Bezug auf diese gemeinrechtlichen Mittheilungen keine andre Auktorität, als die, welche überhaupt einem scharfsinnigen, erfahrnen und gründlichen Schriftsteller zukömmt. Derselbe wollte auch dem bayerischen Praktiker, dem eine Lücke des Gesezbuchs fühlbar wird, das vom Gesezgeber gebotene Zurückgehen auf das gemeine Recht nur erleichtern, solches aber durch die in den Anmerkungen eingeflochtenen Auszüge — selbst für den Gegenstand dieser Auszüge — keineswegs überflüssig machen. Muß demnach, weil das Gesezbuch die vorwürfige Frage ohne Entscheidung läßt, und diese auch durch Analogie nicht gewonnen werden kann, auf das gemeine Recht zurückgegangen werden, so ist dieses nicht gerade nach Kreittmayr's Lehrsäzen, sondern nach dem Resultate gewissenhafter Quellenforschung und Benüzung der Doktrin in Anwendung zu bringen.

So wie nun

5) bei Benüzung der Anmerkungen die gemeinrechtlichen Lehrsäze — von der Interpretation des Gesezbuchs auszuscheiden sind, so muß man sich gleichmäßig hüten, das, was als geschichtliche Notiz oder nur zur Vergleichung angeführt ist, mit dem geltenden Rechte zu verwechseln. — Wenn es

6) nach der Fassung einer Stelle des Judiziarkodex zweifelhaft erscheint, ob hier eine Abweichung vom gemeinen Rechte oder nur Bestätigung der Vorschrift desselben beabsichtigt war, so ist, wenn Kreittmayr die Abweichung nicht besonders hervorhebt, eher das leztere anzunehmen, daher die mit dem gemeinen Rechte übereinstimmende Auslegung vorzuziehen. — Denn es gehört zu den Eigenthümlichkeiten der Anmerkungen, daß sowohl auf Entscheidungen von Kontroversen, als auch auf

Abweichungen vom gemeinen Rechte überall aufmerksam gemacht wird.

§. 6.
II. Die ältern bayerischen Gerichtsordnungen. Baron Schmid's Kommentar.

Miltner bemerkt: „Manches in der Gerichtsordnung vom J. 1753 ist aus dem Rechtsbuche Kaiser Ludwigs, mehreres aus den bayerischen Gerichtsordnungen von den Jahren 1518 und 1520, das meiste aus dem summarischen Prozesse von 1616 entlehnt, während sich B. Kreittmayr's Anmerkungen zu solchen Stellen nur selten auf diese Gesezbücher, beinahe immer aber auf die Werke deutscher Rechtsgelehrten, z. B. Lauterbach's, Stryk's, Berger's, Seyfart's, Leyser's u. a. berufen; darin liegt aber eben der Geist dieser Epoche, daß man selbst das, was durch alte Geseze des Vaterlandes galt, erst aus dem jure authoritativo in Ansehen bringen zu müssen glaubte." —

Diese Bemerkung verdient wohl beachtet zu werden. Nicht selten gewährt der Rückblick auf die älteren Ordnungen des bayerischen Gerichtswesens einen Anhaltungspunkt zur Erläuterung schwieriger Stellen des Gesezbuchs von 1753, ohne daß Kreittmayr auf dieses Hülfsmittel bei der betreffenden Stelle verwiesen hätte. Auch der treffliche Kommentar des Frhrn. v. Schmid zur Gesezgebung von 1616 sollte nicht blos nach den Citaten Kreittmayr's benüzt, vielmehr bei allen Zweifeln und Bedenken zu Rathe gezogen werden. Dieses Werk bietet einen großen Reichthum dar an gründlichen Erörterungen, geistvollen Blicken auf das praktische Leben und scharfsinnigen Beiträgen zur Gesezauslegung. — Ich werde demselben fortlaufende Rücksicht widmen.

§. 7.

III. Das gemeine Recht. Der codex civilis bav. von 1756.

Das gemein-deutsche Prozeßrecht, beziehungsweise dessen Quellen, Doktrin und Praxis wurden oben als subsidiäre Quelle des bayerischen Prozesses angeführt. In dieser Eigenschaft dient das gemeine Recht zur Ergänzung der Gerichtsordnung, zur Ausfüllung ihrer Lücken. — Aber es kömmt auch noch als Hülfsmittel der Auslegung und Anwendung in Betracht, und zwar unabhängig von den Hinweisungen, welche sich in Kreittmayr's Anmerkungen finden. Wo immer anzunehmen, daß eine Stelle der Gerichtsordnung das gemeine Recht zur Quelle hat, ist dieses als Grundlage der Auslegung und Erläuterung zu benüzen; in dieser Beziehung aber nach dem Standpunkte der Doktrin, nach den gangbaren Ansichten der Zeit, in welcher die Gerichtsordnung verfaßt wurde. Es handelt sich davon, den Sinn und Umfang einer Gesezesvorschrift zu ermitteln; hierzu können natürlich nur solche Materialien benüzt werden, welche dem Verfasser derselben vorgelegen hatten. — Wenn daher durch neuere Forschungen zur Anerkennung gebracht ist, daß eine Stelle des römischen oder kanonischen Rechtes, welche einer Vorschrift der Gerichtsordnung zu Grunde liegt, zu Kreittmayr's Zeiten ganz irrig ausgelegt und angewandt worden, so kann dieses Resultat neuerer Forschungen zum Zwecke der Auslegung der Gerichtsordnung — nicht in Rücksicht kommen.

Manche Bestimmungen der Gerichtsordnung stehen im Zusammenhang mit Vorschriften des drei Jahre später promulgirten bayerischen Landrechts (codex civilis bavaricus). Hier sind sowohl der Text des Civilgesezbuchs als auch Kreittmayr's Anmerkungen zu demselben zum Zweck der Auslegung und Erläuterung zu benü-

zen; — nicht aber auch zum Behufe erforderlicher Ergänzung; denn subsidiäre Rechtsquelle — für den bayerischen Civilprozeß — ist der Codex civilis nicht. Nur wenn sich etwa in lezterem eine konsequente Durchführung von Grundsäzen der Gerichtsordnung finden sollte, ist darauf, als gewichtige Auktorität, Rücksicht zu nehmen.

§. 8.
IV. Erläuterungsrescripte. Ständeverhandlungen.

Erläuterungsrescripte, welche vor der Verfassungsurkunde ergangen sind und im Regierungsblatte öffentlich kundgemacht worden, sind als authentische Auslegung mit Gesezeskraft versehen; und zwar gleichviel, ob sie vom Monarchen unmittelbar oder vom Justizministerium erlassen wurden; indem wegen der Kundmachung im Regierungsblatte jedenfalls stillschweigende Genehmigung von Seite des Gesezgebers anzunehmen ist. Fehlt dieses Merkmal, so haben auch die Erläuterungsrescripte aus der vorkonstitutionellen Zeit nur doktrinelle Auktorität. Seit der Aera vom 26. Mai 1818 kömmt es darauf an, ob der Gegenstand des Rescriptes zur Sphäre der Gesetzgebung im Sinne des Tit. VII §. 2 der Verfassungsurkunde gehört. Ist dies der Fall, so haben Erläuterungen bestehender Geseze, sie mögen vom Könige selbst (nämlich ohne Beirath und Zustimmung der Stände) oder vom Justizministerium ausgehen, gleichfalls nur doktrinelle Auktorität [1]; jedoch diese von besonderem

1) Nach der Instruktion für den Staatsrath vom 18. Nov. 1825 (Reg. Bl. S. 865—86) gehören in den Geschäftskreis dieses Kollegiums, und zwar zur Berathung: „Wichtigere Anstände bei der Anwendung der Geseze, worüber die obersten vollziehenden Stellen in ihren Ansichten sich nicht vereinigen können." — Die Verordnung vom 9. Dez. 1825

Gewichte. — Denn die obersten Staatsbehörden, im Besize von allen Materialien, Motiven und sonstigen Gesezgebungs-Vorarbeiten, sind eben deswegen am besten im Stande, über den Sinn der zweifelhaften Stelle befriedigenden und richtigen Aufschluß zu ertheilen. Zudem führt schon das Bedürfniß der Gleichförmigkeit in der Gesezanwendung darauf, dem Erläuterungsrescripte, wenn gleich dasselbe der Gesezeskraft entbehrt, die beabsichtigte Folge zu geben. Natürlich aber kann dies nur dann Plaz greifen, wenn der Sinn der Gesezstelle wirklich zweifelhaft ist, und das Erläuterungsrescript nicht offenbar die richtige Auslegung verfehlt hat. Ein Erläuterungsrescript, welches eine erweislich falsche Ansicht geltend macht, ist für nicht geschrieben zu achten.

Ein sehr wichtiges Auslegungshülfsmittel für die neuern Geseze sind die Ständeverhandlungen, in welchen sie berathen wurden; insbesondere der Gesezentwurf und die bei Vorlage desselben vorgetragenen Motive, die Gutachten der Ausschüsse, die Vorträge und Aeusserungen der Regierungskommissäre, so wie derjenigen Mitglieder der Kammern, von welchen Modifikationen ausgegangen sind.

(Reg. Bl. S. 977 ff.) die Formation der Ministerien betr. bestimmt im §. 54 zum Wirkungskreise des Justizministeriums gehören: „Die Vorschläge über Verbesserung und Veränderung der bürgerlichen und peinlichen Gesezgebung und über authentische Interpretation, im Allgemeinen sowohl als bei Anfragen der Gerichtshöfe, insofern diese Anfragen nicht ganz nach den bestehenden Gesezen aus doktrinellen Gründen beschieden werden können. Lezternfalls sind die vom Justizministerium beschiedenen Anfragen alljährlich in dem Hauptberichte über den Zustand des Justizwesens darzustellen."

§. 9.

V. Literatur.

v. Kreittmayr's Compendium codicis bavarici civilis, judiciarii, criminalis oder Grundriß der gemeinen und bayerischen Rechtsgelehrsamkeit für Anfänger. München bei Gräz 1768 S. 423—518 (im J. 1773 in lateinischer Bearbeitung erschienen und, wie diese, mehrmals aufgelegt).

F. X. Krüll, theoretisch-praktische Einleitung in die bayerische Civil-Gerichtsordnung. Ingolstadt bei Krüll 1797.

G. v. Schelhaß, Magazin des kön. bayerischen Staats- und Privatrechts Bd. I 1808, Bd. II 1810. Ulm in der Stettinischen Buchhandlung.

Im ersten Bande S. 1 f., 134 f., S. 314 f. und S. 393 f.; ferner im zweiten Bande S. 78 f., 183 f., S. 374 f. und S. 119 und S. 321 ist „der Versuch eines Kommentars über die königl. bayerische Gerichtsordnung, vom Herausgeber, enthalten.

L. M. Mündler, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen, nach königl. bayerischen Gesezen. Salzburg bei Mayr 1812.

C. F. v. Aretin, Jahrbücher der Gerechtigkeitspflege in Bayern 1813, 1818 (2 Bde).

Reingruber, Abhandlung über dunkle Civilgesezstellen. Landshut 1814.

F. R. Miltner, die bayerische Gerichtsordnung Max Josephs III. vom Jahre MDCCLIII historisch dargestellt. Landshut bei Storno 1816.

v. Gönner und v. Schmidtlein, Jahrbücher der Gesezgebung und Rechtspflege im Königreiche Bayern. 3 Bde. Erlangen 1818—1820.

Welsch, Revision der Gesezgebung und Rechtspflege in Bayern. München bei Fleischmann 1819.

N. T. v. Gönner, Kommentar über das königl. bayer. Gesez vom 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betr. Erlangen, Palm 1820.

v. Wendt, vollständiges Handbuch des bayerischen Civilprozesses, 2 Bde. Nürnberg bei Riegel und Wießner 1827. Zwei-

te Ausgabe 1835. — Die Vermehrung mit einem dritten Bande ist angekündigt.

v. Zu Rhein, Beiträge zur Gesezgebung und praktischen Jurisprudenz mit besonderer Rücksicht auf Bayern, 6 Hefte. 1826—31. (Nr. 1 und 2 München bei Finsterlin, Nr. 3—6 Würzburg bei Strecker).

v. Zu Rhein und Sartorius, Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bayerns. 2 Bde. 1830—1. Erlangen bei J. J. Palm und Ernst Enke.

v. Zu Rhein, Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayerischen Civil-, Criminal- und öffentl. Rechts. Bd. I 3 Hefte 1834—5. München bei Franz.

Schriften und Abhandlungen über einzelne Materien werden überall am gehörigen Orte angeführt werden.

Erstes Kapitel.

Von den Gerichten und der Gerichtsbarkeit.

Erstes Kapitel.

Von den Gerichten und der Gerichtsbarkeit.

§. 1.

Wie und wo man sein Recht suchen soll.

1) Nach gemeinem Rechte soll Jeder, der ein ihm wirklich zustehendes Recht mit Eigenmacht verfolgt, dasselbe verlieren, und wer einen ungegründeten Anspruch mittelst Selbsthülfe geltend macht — zum Vortheil des Gegners — um den Werth des Gegenstandes gestraft werden [1].

Diese Privatstrafe findet in Gemäßheit des §. 1 keine Anwendung mehr, indem die hier angedrohte willkührliche Strafe an deren Stelle tritt [2].

2) Diese Androhung einer willkührlichen Strafe ist durch die Bestimmungen des Strafgesezbuchs, nach welchen die unerlaubte Selbsthülfe als Vergehen [3] oder nach Umständen als Verbrechen [4] bestraft wird, ausser Kraft gesezt. — Die Bestrafung der Selbst-

1) §. 1. I. de vi bon. rapt. (4, 2); §. 6 I. de interdictis (IV 15); fr. 13 quod metus causa (4, 2); fr. 7 ad leg. Juliam de vi privata (48, 7) — cap. 18. de praebendis in 6to (3, 4) Kammergerichtsordnung von 1521 Tit. XXXII §. 2. — I. H. Boehmer de poena jus sibi dicentis sine judice. (Exerc. ad Pand. II, 23). Kind quaest. for. Tom. III cap. 2. Linde in der Gießner Zeitschrift I S. 392. Weiske Archiv für prakt. Rechtskunde Th. I S. 45.

2) S. Kreittmayr's Anmerkungen zu dieser Stelle, vergl. mit den Anm. zum Strafgesezbuch Bd. III S. 284. v. Schelhaß Magazin des bayerischen Staats- und Privatrechts Bd. I S. 193.

3) Th. I Art. 420—23.

4) Th. I Art. 332.

hülfe ist hierdurch überhaupt dem Wirkungskreise der Civilgerichte entrückt [5]).

3) Die civilrechtlichen Folgen begangener Eigenmacht, z. B. bei der Störung und Entreißung des Besizes, bei Bauunternehmungen (operis novi nunciatio), gewaltsamen oder verheimlichten Veränderungen mit Grundstükken (interdictum quod vi aut clam), Veränderungen des Wasserlaufs (actio aquae pluviae arcendae) u. dgl. sind Gegenstand des Civilprozesses.

4) Als Fälle der erlaubten Selbsthülfe werden von Kreittmayr in den Anmerkungen zum §. 1 angeführt:

a) die Selbstvertheidigung (Gewalt wider Gewalt). Dahin gehört insbesondere jede Zurückweisung von Eingriffen in das Eigenthum, die Behauptung des Besizes gegen versuchte Störungen, z. B. gegen den Versuch der Ausübung des Weiderechts, welches der Eigenthümer nicht zugesteht.

b) Die Pfändung, sofern und insoweit sie nach den jeden Orts geltenden Civilgesezen gestattet ist.

c) Das hergebrachte Privatauspfändungsrecht der Gutsherrn [6]).

5) Diese Bestrafung gehört durchaus zur Kompetenz der Strafgerichte. — Eine polizeiliche Geldstrafe von 20 bis 50 Thalern ist für den Fall gedroht, „wenn Buchhändler ihre Schuldner in den zur allgemeinen Cirkulation kommenden Katalogen oder sonstigen öffentlichen Blättern mit Ausschreibung ihres Namens und Charakters, als nachlässige Zahler öffentlich bekannt machen;" was als unerlaubte Selbsthülfe anzusehen ist, — nach der Novelle vom 4. Febr. 1812 (Moriz III S. 3).

6) Vergl. VI. Beilage zur Verfassungsurkunde §§. 118 ff. — Forderungen von Staatsabgaben, Gemeindeumlagen liegen ausser der Sphäre der Civilprozeßsachen; daher kömmt die deßfallsige Exekutionsbefugniß der Rentämter und Gemeinverwaltungen hier nicht in Frage. — Vergl. übrigens unten Kap. XVIII §. 2.

d) Die Besitzergreifung von Sachen, die sich in keines Andern Besitz befinden. (Occupatio possessionis vacuae). Noch ist

e) das Retentionsrecht zu erwähnen.

Die Frage, ob unter gegebenen Umständen die Selbsthülfe erlaubt war, ist in den einzelnen Fällen nach den zur Anwendung kommenden Civilgesezen zu beurtheilen. — Nach gemeinem Rechte fällt es z. B. noch unter die Sphäre der erlaubten Selbsthülfe, wenn der bisherige Besitzer den eben bereits verlorenen Besitz sogleich auf frischer That (d. h. nicht erst nach einem Zwischenraum) wieder erringt [7].

Dahin gehört auch die Verfolgung des fliehenden Schuldners, mit der Befugniß, ihm abzunehmen, was man von ihm zu fordern hat [8]; ferner die Befugniß des Eigenthümers, das neue Bauwerk des Nachbars, durch welches ein Eingriff in seinen Grund und Boden geschieht, wegzureißen und die Arbeiter zu vertreiben [9], ebenso das Recht des Grundbesitzers, die von dem anstoßenden Grundstück überhängenden Aeste abzuhauen [10].

Bestritten ist die Frage in dem Falle, wenn dem Gläubiger vertragsmäßig die Befugniß eingeräumt war, bei Nichteinhaltung des Zahlungstermins gewisse Sachen dem Schuldner weg- oder von ihm zurückzunehmen, und derselbe nun von dieser Befugniß — unter Protestation des Schuldners Gebrauch macht [11].

7) Fr. 3 §. 9 fr. 17. de vi (43, 16). Weiske a. a. O. S. 50.

8) Fr. 10 §. 16 quae in fraudem (42, 8).

9) Fr. 5 §. 10 de op. nov. nunc. (39, 1); fr. 20. §. 1. quod vi aut clam (43, 24).

10) Weiske a. a. O. S. 61. — Vergl. Leyser jus Georg. III. cap. 7 §. 41.

11) S. Kreittmayr a. a. O. lit. a. a. E. Aber eben weil die Schriftsteller darüber, ob hier unerlaubte Selbsthülfe vorhanden, verschiedener Meinung sind, kann der Thatbe-

§. 2.

Wie das forum fundirt werde.

Der Ausdruck: „ordentlicher Gerichtsstand" (Gerichtszwang) wird verschieden gebraucht:

1) Im Sinne der Verfassungsvorschrift Tit. IV §. 8 Absaz 2 [1]) ist unter dem „ordentlichen" Gerichte dasjenige zu verstehen, welches für einen gegebenen Fall nach den bestehenden Gesezen das zuständige ist. Die Begriffe „zuständig" und „ordentlich" fallen hier zusammen [2]). — Der Gegensaz soll nicht statt finden; die Uebertragung von Civilprozeßsachen an einen unzuständigen Richter darf weder durch Kabinets- oder Ministerialbefehl, noch auch (ausser den unten §. 18 lit. b aufgeführten Fällen) durch Verfügungen der Obergerichte geschehen.

2) In der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie versteht man unter ordentlichem Gerichte das — der Regel gemäß — anzugehende Gericht erster Instanz; wohingegen man von ausserordentlichen Gerichtsständen

stand des im Strafgesezbuch Th. I Art. 420 bedrohten Vergehens nicht angenommen werden. Im Zweifel — muß der Richter freisprechen.

1) Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden. D. h. Niemand darf dem Richter entzogen werden, welchem er, nach der verfassungsmäßigen, durch das Gesez bestehenden Gerichtsverfassung, und in Folge der Geseze über Gerichtszuständigkeit unterworfen ist. Feuerbach, die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates, kann sie durch bloße Verordn. abgeändert werden? S. 37.

2) Vergl. v. Leonrod in den Verh. der Kammer der Abgeordneten von 18$^{27}/_{28}$ Bd. VI S. 140. — Die Bestimmungen über die Zuständigkeit (Kompetenz) sind wahre Rechtsgeseze, daran kann durch Verordnungen nichts geändert werden. Feuerbach a. a. O. S. 21—27.

in Bezug auf diejenigen Fälle spricht, in welchen eine Sache (obwohl sie nicht zu den eximirten gehört, und nicht gegen eine befreite Person geklagt wird) sofort an den höhern Richter gebracht werden kann; so insbesondere im Falle der Zusammenfassung mehrer Rechtsangelegenheiten wegen Einheit des Klagegrundes (continentia causarum ex identitate [3]). Da nun aber die Gerichtsordnung die Zuständigkeit des Oberrichters „ex continentia vel connexione causae" mit unter dem ordentlichen Gerichtszwange begreift, so paßt jene gemeinrechtliche Begriffstellung nicht für das bayerische Prozeßrecht. Vielmehr kann nach diesem der Begriff des ordentlichen Gerichtsstandes nur negativ bestimmt werden, nämlich dahin: der ordentliche Gerichtsstand greift überall Plaz, wo weder gegen eine befreite Person, noch über eine eximirte Sache geklagt wird. — Der ordentliche Gerichtsstand nach der Gerichtsordnung fällt mit dem „gemeinen" Gerichtsstand des gemeindeutschen Civilprozesses zusammen [4]). Er begreift unter sich sowohl den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnorts, als die besondern der belegenen Sache, der vertragsmäßig eingegangenen Verbindlichkeit, der geführten Verwaltung, der strafbaren Handlung und der Ergreifung (deprehensionis), des Arrestes, der Widerklage [5]), endlich der Ein-

3) Martin Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Prozesses ed. XI §. 55. Linde Lehrbuch des gemeinen Civilprozesses ed. III §. 87. — Bayer Vorträge S. 56 ff.

4) Man pflegt den gemeinen Gerichtsstand als eine Art des ordentlichen zu classificiren. Vergl. Linde a. a. O. §. 88. Da aber der Gegensaz des gemeinen Gerichtsstandes lediglich auf der Bevorrechtung bestimmter Klassen von Personen und auf der Exemtion gewisser Arten von Sachen beruht, so muß auch der ausserordentliche Gerichtsstand ex continentia causarum den Fällen des „gemeinen" beigezählt werden.

5) Dieser fehlt in der Aufzählung des §. 2.

heit des Klagegrundes und des Zusammenhangs der Sachen [6]).

§. 3.
Forum domicilii.

1) Der allgemeine Gerichtsstand des Wohnorts bestimmt sich nach dem Wohnsize des Beklagten (actor sequitur forum rei [1]).

2) Bei der Ausmittlung dieses Gerichtsstandes ist nicht darauf zu sehen, wo der Beklagte zur Zeit der Entstehung des Rechtsverhältnisses, aus welchem geklagt wird, seinen Wohnsiz hatte, sondern die Klage ist bei dem Gerichte seines gegenwärtigen Wohnsizes anzustellen [2]).

3) Unter Wohnort (domicilium) versteht man denjenigen Ort, an welchem eine Person ihren festen Aufenthalt genommen hat. Der Regel nach hat eine Person ihren Aufenthalt da, wo sie ihn haben will. Aber es genügt nicht, diesen auf Begründung oder Veränderung des Wohnorts gerichteten Willen mit Wort oder Schrift zu erklären, sondern er muß, damit er wirksam sey, durch die That ausgesprochen werden, d. h. die Person muß,

6) In einem ganz andern engeren Sinne wird von der „ordentlichen Obrigkeit" im §. 6 und 7 desselben Kapitels gesprochen: hier wird es nämlich als gleichbedeutend mit dem „allgemeinen" Gerichtsstande des Wohnorts — im Gegensaz der besondern des Kontrakts, des Delikts u. s. w. gebraucht.

1) C. 2 de jurisdictione.

2) Bayer Vorträge über den ordentlichen Prozeß S. 60. S. jedoch Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821. (Moriz IV. S. 8) §. 8: „Bei Auswanderungen hat der Auswandernde noch ein Jahr lang nach seiner Auswanderung vor den Gerichten des Staates, welchen er verlassen, wegen der Ansprüche, die vor der Auswanderung erwachsen sind, zu Recht zu stehen."

damit ein Ort als ihr Wohnort gelten könne, ihren Wohnsiz daselbst wirklich aufgeschlagen haben [3]). Darüber, ob dieß geschehen sey, kann bloße Angesessenheit mit Haus und Grundstücken [4]), wenn nicht dauerhafte Festsezung des Hauswesens [5]) damit verbunden ist, nicht entscheiden. — Ist diese dauerhafte Festsezung des Hauswesens vorhanden, so bedarf es keiner ausdrücklichen Er-

3) Vergl. Kreittmayr's Anmerkungen zu §. 3 mit fr. 20, fr. 27 §. 2 ad municipales (50, 1); const. 7. de incolis (10, 39); c. 2. ubi senatores (3, 24). Gesterding Ausbeute aus Nachforschungen III S. 35.

4) Fr. 5 §. 2 de injuriis (47, 10); fr. 17 §. 13 ad municipales.

5) Mit der Ansässigmachung an einem Orte wird meistens die Begründung des Domicils daselbst verbunden seyn. Aber es kann doch auch vorkommen, daß sich Jemand an dem einen Orte, z. B. auf Grundbesiz ansässig macht, und gleichwohl an einem andern sein Hauswesen festsezt; oder daß er an seinem bisherigen Wohnorte ansässig bleibt, seinen Wohnsiz aber an einen andern verlegt. — Ansässigmachung ist überhaupt keine Bedingung der Domicilsbegründung, Ansässigmachung gibt (unter den Voraussezungen der §§. 11, 12 des Gemeindeedikts vom 17. Mai 1818) das Gemeindebürgerrecht; das Domicil hat auch der Beisasse (incola); und auch bloße In- und Miethsleute können es haben. Vergl. Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 5. Die Domicilsbegründung geschieht durch einen Akt der Willkühr der fraglichen Person; die Ansässigmachung erfordert in den meisten Fällen ein obrigkeitliches Aufnahmsdekret. Gesezblatt von 1834 S. 140.

Die Heimath gewährt zwar in der Gemeinde „den Anspruch auf Wohnsiz"

Gesez über die Heimath vom 11. September 1825,

aber sehr viele haben faktisch ihren Wohnsiz an einem andern als dem Heimathsorte.

klärung über die Wahl des Wohnsitzes [6]). Hierbei ist noch zu bemerken:

a) Da die Begründung des Wohnorts ein folgenreicher Willensakt ist, so kömmt es dabei auf die Willensfähigkeit der Person an [7]).

b) Staatsdiener haben den Gerichtsstand des Wohnsitzes an dem Orte ihrer Anstellung, ausgenommen die Vorstände und Räthe derjenigen Kreis- und Stadtgerichte, welche nur aus einem Direktor und zwei Räthen bestehen, sodann die Land-, Herrschafts- und die Patrimonialrichter I. Kl., Landgerichts-Assessoren und Aktuare, nicht minder die Herrschaftsgerichts-Assessoren, für welche Personen das Kreis- und Stadtgericht der Hauptstadt des Kreises als forum domicilii gilt [8]).

Unterofficiere und Soldaten und alle im Militär Angestellte dieser Klasse, welchen nicht ausserdem ein befreiter Gerichtsstand zusteht, können nach Wahl des Klägers vor dem Gerichte ihres Wohnorts oder vor dem der Garnison belangt werden [9]).

c) Korporationen und Stiftungen haben ihren allgemeinen Gerichtsstand [10]) da, wo der Haupt-

6) Fr. 20, 27 §. 1 ad municipalem (50, 1) fr. 203 de verbor. signif. (50, 16).

7) Vergl. Thibaut Pandektenrecht §. 1069. Linde a. a. O. §. 88.

8) Fr. 23 §. 1 ad municip. (50, 1). Nov. zur Gerichtsordn. I S. 34, II S. 15, III S. 5, 8; IV S. 19. — Quiescenten haben wieder die freie Wahl. Mit der Quiescenz hört auch das eigenthümliche forum domicilii der oben bezeichneten Staatsbeamten auf, dasselbe ist kein befreiter Gerichtsstand. S. §. 11. I Nr. 8. §. 12. Note 8.

9) Gesez vom 13. Aug. 1828, die Militärgerichtsbarkeit betr. §. 3.

10) Von einem Gerichtsstand des Wohnsitzes im eigentlichen Sinne kann hier nicht gesprochen werden. Denn das Rechtssubjekt selbst, die moralische Person, ist nur ein Gedanken-

siz der Verwaltung ihres Vermögens [11]; Forensen bei dem Gerichte, unter welchen ihre inländischen Güter liegen [12].

d) Der einmal begründete Wohnsiz wird nicht durch vorübergehende Entfernung, sondern nur durch gänzliche Verlassung des bisherigen Aufenthaltsortes [13] und durch den Tod der Person [14] aufgehoben. Als blos vorübergehende Entfernung gilt auch diejenige, welche durch provisorische oder interimistische Verwendung eines Beamten an einem andern Orte, als dem seiner festen Anstellung [15], durch den Aufenthalt des Studierenden am Orte der Unterrichtsanstalt [16] und durch den Aufenthalt am Orte des Pachtes herbeigeführt ist; soferne nicht der Pächter durch ausdrückliche Erklärung oder unzweideutige Handlungen den Willen an den Tag gelegt hat, an dem Orte seiner Pachtung seinen bleibenden Aufenthalt zu nehmen [17].

wesen; das räumliche Verhältniß des Wohnsizes kann daher bei ihr nicht statt finden. S. Martin Lehrb. §. 48.

11) Linde a. a. O. Not. 14.

12) Vergl. I. Beilage zur Verfassungsurkunde §. 15 lit. c. S. unten §. 8 I, 6. Staatsvertrag mit Würtemberg v. 7. Mai 1821 (Moritz IV. S. 8) §. 8.

13) Fr. 27 §. 2 ad municip.

14) Arg. fr. 66. §. 4. ad S. C. Trebell. — S. aber §. 14 dieses Kapitels am Ende.

15) Kreittmayr a. a. O.

16) Fr. 5. §. 5. de injur. (47, 10). Kreittmayr a. a. O.

17) Moritz Nov. Samml. IV S. 103 in den Worten: „indem dadurch eine neuerliche Domicilsveränderung nicht eingetreten ist.“ S. unten §. 6 nr. 3, b. — Vergl. Struben rechtl. Bedenken Bd. IV Bed. 75, — Kind quaest. for. ed. II Tom. I cap. 36; Schweppe röm. Privatrecht ed. IV Bd. I S. 68. — Die auf eigenthümlichen Besizungen eines Gutsherrn angesessenen Pächter sind als solche, soviel ihre Unterwerfung unter die gutsherrliche Gerichtsbarkeit betrifft, den Besizern freieigner Güter gleichzuachten. — Staats-

e) Es kann Jemand zeitlich keinen Wohnsiz [18], oder auch deren mehrere haben [19]. In lezterem Falle hat der Kläger die Wahl, an welchem der mehrern Wohnorte des Beklagten er die Klage anstellen will [20]; in ersterem ist der allgemeine Gerichtsstand am Orte der Heimath [21] und an jedem Orte des jeweiligen Aufenthalts begründet. — Die Gerichtsordnung bestimmt zwar nur hinsichtlich der Landfahrer und Vaganten, daß sie aller Orten, wo sie sich immer betreten lassen, belangt werden mögen; und mit diesen können Personen, wie sie im an-

rathsbeschluß vom 12. Okt. 1826. §. 2. (abgedruckt in den Ständeverhandl. von 1828 XIV S. 456 §. 5. Vergl. mit §§. 28 ff. der 6. Beilage zur Verfassungsurkunde.

18) Fr. 27 §. 2 ad municip.: „Siquis domicilio relicto naviget, vel iter faciat, quaerens, quo se conferat, atque ubi se constituat: hunc puto sine domicilio esse."

19) Fr. 6 §. 2, fr. 27 §. 2 eod.: „Si duobus locis se instruxit, ut non minus apud alteros se collocasse videatur."

20) Vergl. Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 §. 8. (Moritz IV S. 8): „Es können diejenigen, welche, ohne Staatsbürger zu seyn, in dem einen oder in dem andern Staate eine abgesonderte Handlung, Fabrik oder anderes dergleichen Etablissement besizen, wegen persönlicher Verbindlichkeiten, welche sie in Ansehung solcher Etablissements eingegangen haben, sowohl vor den Gerichten des Landes, wo die Gewerbsanstalten sich befinden, als vor dem Gerichtsstande des Domicils nach den Regeln der Prävention auch ausser dem Falle des Konkurses belangt werden."

21) Vergl. das Mandat vom 3. März 1780 (Nov. I S. 29). Die Gerichtsordnung spricht für dergleichen Fälle von dem forum originis. Es liegt wohl im Sinne des Heimathsgesezes vom 11. Sept. 1825, nunmehr an die Stelle des forum originis den Gerichtsstand der Heimath zu sezen. — Ein erworbenes Heimathsrecht wird weder durch Veränderung des Wohnsizes noch durch Aufhören der Ansässigkeit verloren, wenn damit nicht Erwerbung einer andern Heimath verbunden ist. — S. §. 2 des angef. Gesezes. S. auch Weiske Archiv für prakt. Rechtskunde I S. 41.

geführten Fr. 27 §. 2 ad municipal. bezeichnet sind [22]), allerdings nicht verwechselt werden. Aber es waltet insofern Gleichheit des Grundes ob, als auch bei Personen dieser Art, wegen der zeitlichen Unstätheit ihres Aufenthaltes, die Beschränkung des Gerichtsstandes auf einen gewissen Ort, der Klagstellung große Schwierigkeiten verursachen und sie vielleicht vereiteln würde.

In Gemäßheit dessen läßt es sich allerdings rechtfertigen, daß für Accessisten, Praktikanten, Konzipienten, Schreiber, Provisoren, Handlungsgehülfen u. dgl., unter Voraussezung gänzlicher Verlassung ihres frühern Wohnortes — der Gerichtsstand am Orte ihres Geschäftsaufenthalts begründet sey; — obwohl hier kein animus perpetuo commorandi stattfindet [23]).

4) Die gemeinrechtliche Regel, nach welcher das Gericht des Wohnorts allgemein für alle Klagen zuständig ist, erleidet nach der Gerichtsordnung mehrere Ausnahmen (s. unten §§. 7, 9, 10).

§§. 4. und 5.
Forum delicti und deprehensionis.

1) Diese §§. sind nicht von solchen Rechtsverlezungen zu verstehen, welche, als Verbrechen oder Vergehen in den Wirkungskreis der Strafgerichte fallen, sondern nur von Uebertretungen und Freveln, welche entweder keine andre als eine polizeiliche Strafe nach sich ziehen, oder überhaupt keiner oder doch keiner öffentlichen Strafe unterliegen.

2) Die Beantwortung der Frage, welches Gericht oder überhaupt welche Behörde zur Untersuchung und Bestrafung verpönter Handlungen zuständig sey, liegt ausser der Sphäre des Civilprozesses.

22) S. Note 18.

23) Vergl. den Entwurf der Civilgerichtsordnung von 1831 §. 2 lit. b und §. 11.

3) Bei Verbrechen und Vergehen richtet sich sowohl die Untersuchung als auch die Entscheidung von Seite der Strafgerichte auch auf die aus der Uebertretung oder dem Prozesse entstandenen privatrechtlichen Forderungen wegen Kosten, Wiedererstattung oder Genugthuung, sofern der Betheiligte (als wozu der Untersuchungsrichter von Amtswegen verbunden) hierüber vernommen und solches Erkenntniß von demselben verlangt worden ist, ausserdem aber, oder wenn sich die Sache rücksichtlich solcher privatrechtlichen Forderungen noch nicht hinreichend instruirt findet, ist der Betheiligte deshalb zur besonderen civilrechtlichen Verhandlung zu verweisen[1].

Bei Polizeiübertretungen gilt dasselbe, wenn die aburtheilende Polizeibehörde auch mit dem Richteramte bekleidet ist. Wenn dies nicht der Fall ist, so kann sie zwar im Allgemeinen den Ersaz des zugefügten Schadens verfügen[2]: entsteht aber unter den Betheiligten Streit über den Schadensbetrag, so kömmt es der reinen Polizeibehörde (Polizeidirektion, Universitäts- und Stadtpolizei-Direktorium, Magistrat, herrschaftliches Komissariat, Patrimonialamt) nicht zu, darüber eine Verhandlung einzuleiten und sodann den Bescheid zu geben. — Vielmehr ist von ihr die Verhandlung und Entscheidung des Streites über den Schadensbetrag, so wie über die etwa geforderte Privatgenugthuung oder Herausgabe einzelner Sachen an das zuständige Civilgericht zu verweisen. S. übrigens unten §. 10 Note 4.

1) Strafgesezbuch Th. II Art. 7. Die strafgerichtlichen Untersuchungsakten dürfen zum Behufe eines Civilprozesses rücksichtlich der aus der Uebertretung entstandenen privatrechtlichen Forderungen, den Anwälten der Betheiligten auf Verlangen ohne Anstand vorgelegt werden. Nov. vom 9. Jänner 1819 (Samml. von Doppelmayr S. 104).

2) Vergl. die Instruktion der Polizeidirektionen vom 24. Sept. 1808 (Reg. Bl. von 1808 S. 2528 §. 90); mit dem Gemeindeedikt vom 17. Mai 1818 §. 69.

4) Ist der Civilpunkt in dem Erkenntnisse der über die Bestrafung urtheilenden Behörde nicht mit entschieden, oder handelt es sich von einer Forderung aus unerlaubten Handlungen, welche mit keiner öffentlichen oder überhaupt nicht mit Strafe bedroht sind, z. B. aus Ehrenbeleidigungen, aus einem damnum injuria datum u. dgl., so ist das Civilgericht des Ortes zuständig, an welchem die unerlaubte Handlung begangen wurde [3]; die Klage kann aber auch bei dem Gerichte, unter welchem der Beklagte wohnt, angestellt werden [4].

5) Die Vorschrift des §. 5. ist, soweit sie sich auf den bürgerlichen Prozeß bezieht, nur eine Anwendung der Bestimmungen, welche der §. 8 über den Personalarrest enthält [5], dasselbe gilt von der Vorschrift des §. 4:

> „daß um kleiner Verbrechen oder Frevel willen — keiner, der im Lande ansässig oder sonst genugsam verbürgt ist, in loco delicti angehalten, sondern die Verschaffung von dem judice domicilii begehrt werden solle"

in Vergleichung mit §. 8 nr. 2. — Im Uebrigen gehört diese Vorschrift in das Gebiet des polizeilichen Strafverfahrens, resp. des Staatsrechts, nämlich unter die Bestimmungen über die Garantieen der persönlichen Freiheit. Vergl. die Verfassungsurkunde Tit. IV §. 8: „Niemand darf verhaftet werden, als in den durch die Geseze bestimmten Fällen, und in der gesezlichen Form."

3) Arg. §. 4 cit. Vergl. Nov. (Justinian's) 69 cap. 1. Ueber Fälle, in welchen inchoatio von consumatio delicti unterschieden werden kann, s. Kreittmayr in den Anmerkungen zum §. 4.

4) Linde a. a. O. §. 93 a. E. — Gensler Commentar über Martin's Lehrbuch ed. Morstadt Bd. I S. 79—80.

5) S. Gensler a. a. O.

§. 6.

Forum contractus.

1) Der besondere Gerichtsstand der vertragsmäßigen Verbindlichkeit [1]) hat in vielen Fällen und aus manchen Rücksichten die Natur der Sache für sich. Denn

a) soll die Erfüllung eines Vertrages an einem gewissen Orte geleistet werden, so versteht es sich von selbst, daß die Leistung an diesem Erfüllungsorte auch gefordert, und da die Klage nichts anderes als gerichtliche Forderung der geschuldeten Leistung ist, auch eingeklagt werden könne [2]). — Auch abgesehen von diesem Falle wird

b) die Möglichkeit, den auswärtigen Kontrahenten nicht blos an seinem vielleicht sehr entfernten Wohnorte, sondern auch bei dem Gerichte des Orts, wo kontrahirt worden, aus dem Vertrage zu belangen, die Lebhaftigkeit des Verkehrs befördern; indem man wohl häufig ein Geschäft einzugehen Bedenken tragen würde, wenn dessen gerichtliche Geltendmachung nur an dem mehr oder minder entlegenen Wohnorte des andern Kontrahenten zulässig wäre [3]). Dazu kömmt

c) daß die aus einem Geschäfte beziehungsweise über die Thatsache und die Art der Erfüllung erwachsenen Streitigkeiten da, wo es geschlossen worden, resp. wo die Erfüllung zu geschehen hatte oder geschehen seyn soll, am leichtesten aufgeklärt und vom Richter am besten beur-

1) Linde im Archiv für civ. Pr. Bd. VII Abh. 2; v. Bethmann-Hollweg Versuche Abh. 1; Ph. Briel Gerichtsstand aus persönlichen Verbindlichkeiten, München 1828. Linde Abhandl. aus dem gemeinen und Civilprozesse. Bd. II S. 75 ff. Desselben Lehrb. §. 91. Martin's Lehrb. §. 49.

2) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 36.

3) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 20.

theilt werden können [4]), und dies zwar um so mehr, als, im Falle der Kollision der Geseze verschiedner Bezirke, nicht blos die Form, sondern auch die rechtlichen Wirkungen eines Vertrages nach den Gesezen des Vertrags — beziehungsweise des Erfüllungsortes zu beurtheilen sind [5]).

d) In manchen Fällen wäre es in der That unvernünftig, den Berechtigten auf Klagstellung bey dem Gerichte, unter welchem der Beklagte wohnt, beschränken zu wollen, und dem Gerichtsstande des Vertragsortes nicht stattzugeben; z. B. ein Landmann hat viele Meilen weit von seinem (nicht aufgegebenen) Wohnorte ein Hof- oder Bauerngut auf 6 oder 9 Jahre gepachtet; er schließt nun am Pachtorte Viehkäufe oder andre auf die Bewirthschaftung des Gutes bezügliche Verträge ab; er soll nun während der Dauer des Pachtverhältnisses aus einem solchen Vertrage belangt werden; wäre es unter solchen Umständen nicht ungereimt, den Kläger an das Gericht des weit entfernten Ortes zu verweisen, an welchem der Beklagte fortwährend sein Domicil hat? — Oder ein Studierender soll während seines Aufenthaltes in der Universitätsstadt wegen Schulden belangt werden, welche er an diesem Orte, aus Veranlassung dieses etwa noch einige Jahre andauernden Aufenthaltes, vielleicht gerade in Bezug auf seine Berufsbeschäftigung gemacht hat? — Oder ein Handlungsgehülfe ist in solchem Falle, welcher an dem Orte, wo er kontrahirte, einen festen Plaz aber gleichwohl sein Domicil nicht hat? — Dasselbe gilt von allen Fällen, in welchem eine Person an dem Orte, wo kontrahirt worden, zwar einen längern Aufenthalt macht,

4) Linde Lehrbuch des Civilprozesses ed. III §. 91.

5) Fr. 5 de evict.; fr. 34 de reg. juris. Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civilrechts §. 22. — Nicht entgegen ist die Gerichtsordnung XIV §. 7 nr. 8. S. unten Kap. II §. 2 Note 45.

und diesen noch fortsezt, aber doch nicht anzunehmen ist, daß sie daselbst ihren Wohnsiz habe [6]. —

Zufolge solcher Erwägungen muß man es ganz natürlich finden, daß (nach Bestimmungen des röm. Rechts) aus Verträgen nicht blos am Wohnorte des Beklagten, sondern auch bei dem Gerichte des Vertragsortes geklagt werden kann. Quisque defendi debet, ubi domicilium habet, aut ubi contraxit [7].

2) Nach gemeinem Rechte wird darüber gestritten, ob der besondere Gerichtsstand der vertragsmäßigen Verbindlichkeit ein gesezlicher in der Art sey, daß er überall Plaz greift, wo er nicht im Vertrage ausgeschlossen worden [8]; oder ob er nicht vielmehr als eine Art des prorogirten zu betrachten sey, daher überall auf der Voraussezung beruhe, daß sich die Kontrahenten dem Gerichte des Vertragsortes zu unterwerfen beabsichtigt haben [9]. — Den Bestimmungen der Gerichtsordnung liegt die leztere Ansicht zu Grunde; es soll dieser Gerichtsstand wegfallen, nicht blos wenn ausdrückliche, sondern auch wenn stillschweigende [10] Gedinge dagegen

6) S. oben §. 3. nr. 3. lit. e. — Der hier vorausgesezte Fall, ist von dem, welchen die obenerwähnte Stelle des §. 3 betrifft, wesentlich verschieden. Dort wird von Personen gehandelt, welche zur Zeit keinen Wohnsiz haben.

7) Fr. 1, 2, 3 de reb. auct. jud. possid. (42, 5); Fr. 19 §. 1, fr. 2 §. 4 de judiciis (5, 1). Lindes Abhandl. a. a. O. S. 76.

8) Linde in den angeführten Abhandl.

9) Bethmann-Hollweg a. a. O., Bayer Vorträge über den ordentlichen Civilprozeß S. 67 — 70.

10) Insbesondere auch, wenn man mit fremden Durchreisenden wissentlich auf Borg handelt. Vergl. fr. 19 §. 12 de judiciis.

gegen vorhanden sind. Es muß also in jedem einzelnen Falle geprüft werden, ob die Zulassung des forum contractus nicht der vermuthlichen Absicht der Kontrahenten zuwiderlaufe. Es sezt aber

3) die Gerichtsordnung dieser Art des Gerichtsstandes noch engere Gränzen, indem sie verordnet:

„daß Inländer sich dieses fori niemals gegen einander bedienen, sondern vor der ordentlichen Obrigkeit (dem Gerichte des Wohnorts) klagen sollen, es sey denn, daß die Bezahlung vermöge ausdrücklichen Gedinges[11]) an einem gewissen Orte geschehen, oder die privilegia loci ein anderes dießfalls mit sich bringen“ [12]).

Die Anwendung dieser Vorschrift mag in Fällen, wie die oben unter lit. d aufgeführten, nicht selten zu einem harten und unbilligen Resultate führen, und der Chikane argen Vorschub leisten; auch läßt sich wohl annehmen, daß der Gesezgeber diese Vorschrift nicht gegeben hätte, wären ihm die Verhältnisse des Landes und Verkehres in der Art, wie sie heutzutage sind [13]), vor

11) Durch das Beiwort ausdrücklich ist die Zulassung dieses Gerichtsstandes unter Inländern ausgeschlossen, wenn die Bestimmung eines Erfüllungsorts nur aus dem id quod actum est hervorgeht. — Diese Bestimmung hat ihre Quelle in dem alten Landrecht Tit. XIX art. 10. Vergl. Baron Schmid Semicent. I Controv. 29, welcher als Grund angiebt: „In his nostris provinciis tribunalia, praesertim superiora, ita sunt constituta, ut nemo difficultatem litigandi juste allegare, aut de neglecta administratione Justitiae, aliisque excessibus conqueri possit.“

12) Nach den Anmerkungen haben München und Landshut solche Privilegien. Es wird dabei aber nur auf die Auktorität des Baron Schmid Bezug genommen.

13) Die Gerichtsordnung war für ein Land von geringerem Umfange gegeben, welches mit unbedeutenden Abweichungen denselben Civilgesezen unterworfen war, und nur wenige

Augen gewesen. — Aber diese Betrachtungen sind nicht geeignet, die fortdauernde Anwendbarkeit jener Gesezesvorschrift in Zweifel zu stellen, indem beim Wegfallen der Gesezesgründe die Anwendung desselben nur insofern aufgegeben werden kann, als sich mit Gewißheit annehmen läßt, daß die fernere Anwendung dem Willen des Gesezgebers zuwiderlaufen würde [14]. Wenn jedoch

a) der bei dem Gerichte des Vertragsortes belangte Inländer sich hierorts einläßt, so ist die Wirksamkeit der Prorogation von der Einwilligung des Richters, in dessen Bezirk der Beklagte seinen Wohnsiz hat [15], keineswegs erforderlich; indem aus mehreren Bestimmungen des Sen erhellt, daß, was die Begründung oder Beseitigung des forum contractus angeht, die Wirksamkeit der Gedinge der Betheiligten von der Zustimmung des judex domicilii nicht abhängen sollen.

b) Das fragliche Verbot kann nicht zur Anwendung kommen, wenn der Beklagte zur Zeit kein Domicil

größere Städte zählte. Der Verkehr war damals weit weniger lebhaft, und überhaupt die Berührungen der Bewohner verschiedener Orte und Bezirke viel seltener als heutzutage. Gerade die größern Städte, in welchen Verträge mit Auswärtigen wohl am meisten vorkamen, genossen das Vorrecht, daß die daselbst geschlossenen Verträge auch das forum contractus begründeten. — In der Universitätsstadt vertrat das privilegirte Forum der Universitätsangehörigen die Stelle des forum contractus. — Bei den heutzutage wesentlich veränderten Verhältnissen wäre die allgemeine Zulassung des forum contractus unter Inländern in der Art, wie solches nach gemeinem Rechte Plaz greift, wohl wünschenswerth.

14) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung §. 22.

15) S. Gerichtsordnung Kap. I §. 17. — Für die hier aufgestellte Ansicht hat auch unter dem 11. Dec. 1660 das bayerische Revisorium entschieden. S. Baron Schmid a. a. O. Nr. 10.

hat; z. B. wenn der Gutspächter Alles, was er an seinem frühern Wohnorte besaß, verkauft oder mit weggenommen hat, oder wenn der Studierende, der Rechtspraktikant, der Handlungsgehülfe u. dgl. keine Eltern mehr hat und eben so wenig mit seinen Geschwistern in ungetheilter Erbschaft verblieben ist.

4) Nach gemeinem Rechte wird von Manchen behauptet, daß, wenn ein bestimmter Erfüllungsort verabredet worden, nicht blos an diesem und dem Wohnorte, sondern auch da, wo der Vertrag geschlossen worden, geklagt werden könne [16]. — Die Gerichtsordnung hat diese Ansicht verworfen, indem sie in solchen Fällen den verabredeten Erfüllungsort für den Vertragsort erklärt [17].

5) Der Gerichtsstand vertragsmäßig eingegangener Verbindlichkeiten ist da, wo der Vertrag zu seiner Vollendung kam, also bei nothwendig schriftlicher Abfassung desselben, wo die Urkunde unterzeichnet wurde [18], und wenn obrigkeitliche Bestätigung erforderlich ist, wo diese erfolgte [19]. Ist durch Briefe oder Bothschaften contrahirt worden, so wird auf denjenigen Ort gesehen, an welchen der Brief oder die Bothschaft, die den Vertrag perfekt machten, gerichtet war [20].

16) Linde Abhandl. a. a. O. S. 112 ff. Desselben Lehrbuch a. a. O.

17) S. Kreittmayr's Anmerk. zu §. 6 lit. a.

18) Const. 17 de fide instrument. Kreittmayr a. a. O. lit. b. — Nicht so, wenn die schriftliche Auffassung ohne vorgängige Verabredung später nur, des leichtern Beweises wegen, bewerkstelligt worden. Briel a. a. O. S. 33.

19) Linde im Lehrbuch a. a. O.

20) Kreittmayr sagt a. a. O. von diesem Falle: „es sey auf den Ort zu sehen, wo sich beide Theile endlich miteinander vereinigt haben.“ Damit ist aber der Zweifel nicht gelößt. „Erst durch die Empfangnahme des Briefes oder der Bothschaft, welche die definitive Annahme der gemachten Propositionen, die bestimmte Zusage bringen, gelangt

6) Die gemeinrechtliche Kontroverse, ob zur Begründung dieses Gerichtsstandes auch noch erforderlich sey, daß sich der Verpflichtete zur Zeit der Klagstellung am Orte des geschlossenen Kontrakts persönlich befinden oder doch wenigstens Vermögen daselbst besitzen müsse? [21]) — ist von der Gerichtsordnung bejahend entschieden [22]).

7) Die elektive Konkurrenz mit dem Gerichtsstande des Wohnortes tritt selbst dann ein, wenn ein Zahlungsort zum Vortheil des Beklagten bedungen ist; was sich nach gemeinem Rechte anders verhält [23]).

8) Ist das Gericht des Vertragsortes überhaupt zuständig, so kann daselbst sowohl die actio contraria als

der Vertrag zur Vollendung. Es entscheidet daher der Ort dieser Empfangnahme. Hasse im rhein. Museum Jahrgang II S. 371—382. — Befand sich der Empfänger zufällig und vorübergehend an einem andern Orte, als vorhin der Brief adressirt war, und wurde ihm derselbe dahin nachgeschickt, so kann dies keinen Einfluß haben.

21) S. Cap. I §. 3 de foro compet. in 6to (2, 2). Linde im Archiv für civ. Pr. a. a. O. S. 76. Bayer a. a. O. S. 69.

22) Vergl. Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 (Moritz IV S. 12 §. 17: „Der Gerichtsstand des Kontraktes findet nur dann seine Anwendung, wenn sich der Kontrahent zur Zeit der Ladung in dem Gerichtsbezirke anwesend findet, in welchem der Kontrakt geschlossen worden ist." — Kreittmayr in den Anmerk. zum §. 6 lit. c fügt bei: „Gegen Abwesende mag in loco contractus nur so weit, als sie dort begütert sind, verfahren werden." — In Gemäßheit dessen lehrt v. Schelhaß (Magazin des bayer. Staats- und Privatrechts Bd. I S. 25): „Der Beklagte muß sich in der Zeit, da die Klage angestellt wird, daselbst (am Kontraktsorte) befinden, oder er muß Güter daselbst besitzen, und ihm die Ladung gehörig eingehändigt werden." Vergl. Briel a. a. O. §. 28.

23) Fr. 1, 2 §. 2, 3 de eo quod certo loco (13, 4); Fr. 19 §. 4 de jud. (5, 1); C. 11 X de for. compet. (2, 2). — S. Linde's Lehrbuch a. a. O.

die actio directa erhoben werden [24], nicht aber eine auf Vernichtung, Rescission des Vertrags gerichtete Klage, es sey denn, daß leztere auf einer Nebenbestimmung über die Wiederaufhebung beruht, welche selbst einen Bestandtheil des Hauptvertrages bildet [25].

9) Der Gerichtsstand des Vertragsortes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Beklagte eines befreiten Gerichtsstandes genießt; doch muß das den Verhältnissen des Beklagten entsprechende Gericht angegangen werden [26]. Z. B. ein im Rezatkreise angestellter Kollegialrath schließt einen Vertrag, der zufolge ausdrücklichen Gedinges in einem Landgerichtsbezirk des Isarkreises, welcher zum Kreisgerichtsbezirk München gehört, zur Erfüllung kommen soll. Hier kann zwar der erwähnte Kontrahent nicht bei dem betreffenden Landgericht, wohl aber bei dem Kreisgerichte München aus dem geschlossenen Vertrage belangt werden.

10) Die Vorschriften über den besondern Gerichtsstand vertragsmäßiger Verbindlichkeit finden auf vertragsähnliche Verhältnisse (Quasikontrakte) analoge Anwendung [27].

§. 7.

Forum administrationis.

1) Die Gerichtsordnung spricht in diesem §en nur

24) Bayer a. a. O. S. 69.

25) Gensler Kommentar zu Martin Bd. I S. 79. Bayer a. a. O. — Vergl. Briel a. a. O. S. 87.

26) Linde's Lehrbuch a. a. O. — Das Gesez giebt z. B. den Kollegialräthen und höhern Beamten einen von dem landgerichtlichen befreiten Gerichtsstand, keineswegs aber das Vorrecht, nur bei dem befreiten Gerichtsstande ihres Wohnorts belangt werden zu können. Vergl. auch unten §. 11 I, nr. 2, f.

27) Fr. 19 §. 1 de judiciis. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 30. Bayer a. a. O. S. 70. Martin a. a. O.

von solchen Verwaltungen, welche zufolge obrigkeitlicher und zwar richteramtlicher Bestellung geführt werden. Der Hauptfall ist die Verwaltung des Vormunds [1]). Wenn nun

a) die Rechnungsablage, als eine nicht streitige Sache, in Frage ist, wenn es sich blos davon handelt, das Recht der Oberaufsicht, die Funktion der Obervormundschaft auszuüben, und kraft dessen, z. B. den säumigen Vormund zur Stellung der rückständigen Rechnung anzuhalten, so ist hierzu ausschließend diejenige Behörde kompetent, welche den Verwalter bestellt hat, und welcher im gegebenen Falle das obervormundschaftliche Amt zusteht.

b) Dieselbe Behörde [2]) hat die Rechnung zu prü-

1) Hieher gehören auch die über Wahnsinnige, Verschwender, kranke und alte Personen bestellten Vormundschaften, die cura über das Vermögen eines in Konkurs gerathenen Schuldners, die Verwaltung einer Erbschaft vor deren Antretung, oder in den Fällen der **bonorum possessio ventris nomine** oder **ex edicto Carboniano**, ferner die cura über das Vermögen eines Abwesenden, die Verwaltung bei Sequestrationen u. s. w.

2) Nach gemeinem Rechte wird fast allgemein angenommen, daß der Gerichtsstand der Geschäftsverwaltung bei demjenigen Gerichte begründet sey, in dessen Sprengel die Verwaltung geführt wurde. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I S. 317 — 20. Linde im Archiv für civ. Pr. VII S. 78. Desselben Abh. Bd. II S. 97 f. — Die abweichende Bestimmung der Gerichtsordnung fußt sich auf die Reichs-Polizeiordnung von 1577 Tit. 32. — S. Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 §. 19: „Den Gerichtsstand der geführten Verwaltung hat der Ausländer, der sie führt, da anzuerkennen, wo entweder die bevormundete Person ihren Wohnsitz hat, oder die verwalteten Güter liegen, der Verwalter mag nun zur Zeit der Verwaltung in eben dem Staate gewohnt, oder dieselbe in seinen auswärtigen Wohnsitz geführt haben.

fen, das Rechnungsverfahren einzuleiten, die erforderlichen Erinnerungen zu machen, resp. von den Betheiligten zu erholen, und nach deren Beantwortung den Rechnungsbescheid zu erlassen. Die Zuständigkeit derselben umfaßt, sofern sie nicht blos auf freiwillige Gerichtsbarkeit beschränkt ist [3]), auch die Verhandlung und Entscheidung derjenigen Posten, hinsichtlich welcher der Rechnungsbescheid die besondere Austragung vorbehält, z. B. über Kapitalien, welche verloren gegangen sind, und deren Erstattung der Rechnungsherr verlangt, der Rechnungssteller verweigert, oder über andere Einnahms- oder Ausgabsposten, deren Feststellung ohne weitere Verhandlung nicht geschehen kann.

Die Bestimmung des §. 7:

„Wenn aber der Verwalter hinterstellig oder sonst in seiner Verwaltung strafmäßig befunden wird [4]), so soll er zur Leistung dessen, was er zu thun schuldig ist, von seiner ordentlichen Obrigkeit angehalten werden"

3) Patrimonialgerichte II. Klasse besorgen das Vormundschaftswesen, soweit es die Bestellung der Vormünder und Curatoren über Unmündige und Minderjährige, wenn hierüber kein Streit entsteht, wie auch die Stellung der Rechnungen betrifft. Beil. VI zur Verf. Urk. §. 79.

4) Bei Entwerfung dieser aus dem alten bayerischen Landrecht Tit. V art. 2 entnommenen Stelle hat offenbar die römische actio rationibus distrahendis vorgeschwebt: Fr. 2 de tutelae et rationibus distrah. actionibus: „Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit." — Vergl. übrigens Baron Schmid's Kommentar zum allgem. Landr. Tit. V art. 2 nr. 17: „processus malae administrationis pertinet ad judicem, cui tutelae administratio subest, processus autem executionis post debitam requisitionem ad judicem sive magistratum, cui tutores vel curatores subsunt."

bezieht sich (abgesehen von Fällen, die ausser der Sphäre des Rechnungsverfahrens liegen (s. unten lit. c) blos auf die Hülfsvollstreckung [5]; wenn der Rechnungssteller durch rechtskräftigen Ausspruch des Gerichtes der geführten Verwaltung zu einer Zahlung oder andern Leistung verurtheilt ist, und diesem Urtheile nicht genügt, so soll die Execution dem Gerichte, bei welchem derselbe seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, überlassen werden. Das Leztere ist in solchen Fällen nur für Forderungen ex re judicata kompetent. Wenn jedoch

c) die aus einer geführten Verwaltung oder aus Veranlassung derselben erwachsene Forderung einen von der Rechnungsablage verschiedenen Gegenstand, z. B. die Erstattung des durch positive Rechtsverlezung zugefügten Schadens betrifft, oder wenn nach beendigtem Verwaltungsverhältnisse die Herausgabe des Vermögens oder einzelner Verwaltungsobjekte aus Gründen verweigert wird, die nicht in diesem Verhältnisse liegen, oder wenn nun erst, weil der bisherige Verwalter gewisse Vermögensstücke nicht herausgeben kann oder will, eine Entschädigungsforderung in Frage kömmt, so ist die Klage bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Verwalters anzubringen [6].

5) Kreittmayr a. a. O.: „wobey jedoch unter Cognition und Execution ein merklicher Unterschied zu machen." — Vergl. v. Schelhaß im Magazin Bd. I S. 26.

6) Die Vergleichung der Gesezstelle mit den Anmerkungen ergiebt, daß der Gesezgeber diesen besondern Gerichtsstand auf Fälle, die ausser der Sphäre der Rechnungsablage liegen, nicht habe erstrecken wollen: „De Jure Bavarico soll kein Verwalter von seinem Herrn abfahren, er habe denn vorhero alles verrechnet, was der Herr an ihn zu fordern hat" — „scheint auch gegenwärtiges Forum eben darum eingeführt worden zu seyn, weil man allda alles näher an der Hand hat, was zur Berechnung erforderlich seyn soll." — Vergl. Leyser sp. 73 M. 5, 7, 8, 9 — Coroll. 3. Danz Grundsätze des

2) Der Gerichtsstand der geführten Verwaltung ist als eine Unterart des forum contractus bezeichnet [7]), unterscheidet sich aber von diesem dadurch, daß

a) in Fällen, für welche Jener begründet ist, der Beklagte sich bei dem Gerichte seines Wohnorts nicht einzulassen braucht;

b) der Umstand, daß der Beklagte im Allgemeinen einen befreiten Gerichtsstand hat, hier durchaus keinen Einfluß äussert, und

c) hier nicht, wie bei dem forum contractus, auf den Ort der Erfüllung, nämlich der wirklichen Geschäftsführung, sondern nur darauf gesehen wird, von welchem Gerichte der Verwalter bestellt worden [8]); endlich ist

d) die Anwesenheit oder Angesessenheit im Bezirke dieses Gerichts hier keine Bedingung seiner Zuständigkeit [9]).

3) Bei Verwaltungen, welche nicht auf richteramtlicher Bestellung beruhen, kommen die Bestimmungen des §. 6. zur Anwendung [10]).

ordentl. Prozesses ed. Gönner §. 30 not. b. — Reinhardt Handbuch des Prozesses Bd. I §. 25 S. 45. Gönner im Handbuch Bd. IV Nr. LXXV §. 8 S. 122.

7) Von Kreittmayr am Eingang der Anmerk. zu diesem §en.

8) S. oben Nr. 1 lit. a not. 2.

9) Gönner im Handbuch Bd. I Nr. XI §. 8 S. 286. Reinhardt a. a. O.

10) S. Entwurf von 1827 §. 17 und Motive §. 11, Entwurf von 1831 §. 10 lit. c. §. 11 lit. d.

§. 8.
Forum arresti.

I.

Mit dem besonderen Gerichtsstande des Arrestes [1]) ist es a) nicht zu verwechseln, wenn eine Person, gegen welche eine Klage erhoben werden will, von einem bayerischen Gerichte auf Anrufen des Klägers an Leib oder Gütern zu dem Ende angehalten wird, um dessen aus andern Gründen zustehende Kompetenz wirksam zu machen und zu befestigen, z. B. wenn der Beklagte zur Kathegorie der Landfahrer und Vaganten gehört, oder überhaupt kein festes Domicil hat, und daher überall, wo er betreten wird, belangt werden kann [2]); oder wenn es sich von einer Forderung ex delicto handelt und der Beklagte im Lande weder ansässig, noch sonst genugsam verbürgt ist, in welchem Falle der Arrest zur Verwirklichung des forum delicti stattfinden kann [3]); — desgleichen, wenn der Beklagte im Falle der Statthaftigkeit des forum contractus bei dem Gerichte des Vertragsortes angehalten werden soll [4]); eben so wenn es gilt, die Wirksamkeit des Gerichtsstandes der Erbschaft gegen auswärtige Erben sicher zu stellen [5]). — In allen diesen Fällen wird durch die Verhängung des Arrestes nicht ein besonderer Gerichtsstand des Arrestes begründet, sondern der ausserdem begründete Gerichtsstand der Betretung, des Delikts, des Vertrags oder der Erbschaft nur befestigt und in seiner Wirksamkeit sichergestellt [6]).

1) Mittermaier der gemeine deutsche Prozeß in Vergleichung u. s. w. Vierter Beitrag §. VII; v. Bülow und Hagemann Erörterungen Bd. IV N. 37. — Hofmann der bayerische Arrestprozeß 1824.

2) S. oben §. 3 nr. 3, e.

3) S. oben §. 4.

4) S. oben §. 6 nr. 6.

5) S. unten §. 14.

6) Gensler Kommentar zu Martin Bd. I S. 87. Linde

Verschieden von dem Gerichtsstande des Arrestes ist b) auch der allgemeine Gerichtsstand, welchen Ausländer, die im Königreiche unbewegliche Güter besizen, bei dem Gerichte, unter welchem diese Güter liegen, in der Art haben, daß sie bei demselben, insoweit die fraglichen Güter einen hinreichenden Executionsgegenstand darbieten, auch mit Personalklagen belangt werden können (Gerichtsstand des vollen Landsassiates) [7].

II.

Für die Zulässigkeit des forum arresti macht es keinen Unterschied, ob der einzuklagende Anspruch auf einem dinglichen Rechte oder einer Obligation beruhe; dasselbe kann für Klagen jeder Art benüzt werden [8].

III.

Eine Voraussezung der Statthaftigkeit dieses besondern Gerichtsstandes ist es:

> „daß der Kläger in billiger Sorge stehe, er werde vor der ordentlichen Obrigkeit das Seinige ohne sonderliche Beschwerde nicht erlangen.“

In Bezug auf diese Bestimmung ist es zweifelhaft, ob, wenn die Verhängung des Real- oder Personalarrestes auf dem Grunde einer einzuklagenden Forderung gegen einen Ausländer gesucht wird, der Umstand allein, daß ausserdem die Einklagung bei einem auswärtigen Ge-

im Lehrbuch §. 96. — Gönner zu Danz Grundsäze des ord. Prozesses §. 32 not. b, welcher bemerkt: Ist der Richter schon aus einem andern Grunde zuständig; so hat die Anlegung eines Arrestes die Wirkung einer Real-Ladung. — In allen den angeführten Fällen hat die Verhängung des Arrestes gegen Inländer gleichmäßig, wie gegen Ausländer statt.

7) Erste Beilage zur Verfassungsurkunde §. 15 lit. c. S. oben §. 3 nr. 3 lit. c.

8) Kreittmayr in den Anm. zum §. 8 lit. a.

richte geschehen müßte, als „sonderliche Beschwerde" zu betrachten sey, oder ob vielmehr der Implorant in solchem Falle noch das Daseyn andrer besondrer Schwierigkeiten, mit welchen die Geltendmachung seines Rechtes im Auslande zu kämpfen hätte, anführen resp. bescheinigen müsse. — In Beantwortung dieser Frage kömmt es

a) vor Allem darauf an, ob mit dem Staate, dem der fragliche Ausländer angehört, nicht ein besonderer Jurisdiktionsvertrag bestehe, welcher Bestimmungen über den Gerichtsstand des Arrestes enthält, in welchem Falle diese in Anwendung zu bringen sind [9]; — oder ob es nicht wenigstens gerichtsnotorisch ist, welche Grundsäze in gleichen Fällen in dem Vaterlande des Beklagten gegen die diesseitigen Staatsgenossen befolgt werden [10]; indem alsdann das Reciprocum zu beobachten wäre.

Ausser diesen Fällen ist

b) nicht erforderlich, daß der Implorant das Daseyn besonderer Schwierigkeiten bescheinige. Denn

α) der Grundsaz der ältern Doktrin und Gerichtsübung, zufolge dessen der Umstand, daß der Schuldner ein Ausländer ist, an und für sich als causa arresti gilt, war in der Hauptquelle der Gerichtsordnung, dem alten Landrecht, ausdrücklich anerkannt [11].

β) Der §. 8. verordnet:

9) Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 (Regbl. von 1821 St. XXXIII) §. 16: „Der Gerichtsstand des Arrestes wird in beiden Staaten anerkannt, und daher das Urtheil des Arrestrichters, so weit die arrestirte Sache nicht zureicht, von der Obrigkeit des Wohnorts vollzogen. — Jedoch darf der Arrest nur alsdann, wenn eine wirkliche Gefahr, die Forderung zu verlieren, eintritt, erkannt werden."

10) S. z. B. preuß. Gesez vom 2. Mai 1823 (Gesezsammlung von 1823 S. 105).

11) Alt. Landr. Tit. 19 Art. 6 ff.

„Man soll aber auch mit dem gebetenen Arrest anders nicht als auf vorläufige Bescheinigung der gestellten Forderung, und zwar nur gegen Fremde und Ausländer verfahren.“

Hier ist die Verhängung des gebetenen Arrestes, zwar von vorläufiger Bescheinigung der gestellten Forderung, nicht aber davon abhängig gemacht, daß der Implorant auch über die „sonderliche Beschwerde,“ von welcher der Eingang des §en spricht, Bescheinigung beibringe. Vielmehr ist

γ) anzunehmen, daß die Einklagung der Forderung bei einem auswärtigen Gerichte überall eine „sonderliche Beschwerde“ mit sich bringen würde; — indem, auch abgesehen von den vermehrten Kosten und Schreibereien, die Verfolgung von Rechten nach fremden Prozeßgesezen an sich eine schwierigere Aufgabe ist [12], und zudem der Kläger im Auslande mit Cautionsleistungen beschwert werden würde, deren er im Inlande überhoben ist. Der Kommentator des alten Landrechts, Baron Schmid, äussert hierüber Tom. II p. 1127: „Quia coram alieno judice extra Provinciam litigare difficillimum est, ideo hoc remedium consuetudine introductum fuit, ut debitori et rebus ejus in Provincia, ubi deprehenditur, manus injici possit, donec vel solutione, vel cautione creditori satisfiat.“

δ) Nicht entgegensteht die Bestimmung des §. 34 der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822, nach welcher über das in Bayern bewegliche Vermögen eines ausländischen Unterthans, gegen den von den Gerichten seines Landes der Konkurs eröffnet ist, ein Partikularkonkurs von den bayerischen Gerichten nur in Folge der Re-

12) Mittermaier a. a. O. S. 155. — Vergl. Hofmann a. a. O., welcher als Hauptgrund für die hier vertheidigte Ansicht die Bestimmung der Gerichtsordn. VIII §. 6 nr. 1 anführt.

torsion oder besonderer Staatsverträge eintreten soll. Nach dieser Gesezstelle ist zwar

a) die Verwendung des in Bayern befindlichen beweglichen Vermögens eines auswärtigen Gemeinschuldners zur bevorzugten Befriedigung der inländischen Gläubiger [13]) — von den am Schlusse angegebenen Voraussezungen abhängig gemacht; auch ist

b) in Ermangelung dieser Voraussezung — die Entscheidung über die Priorität — dem auswärtigen Konkursgerichte anheimgestellt [14]); und zwar auch hinsichtlich derjenigen Forderungen, zu deren Sicherstellung etwa das im Inlande betroffene bewegliche Vermögen des auswärtigen Gemeinschuldners auf Anrufen inländischer Gläubiger (gleichviel, ob vor oder nach Ausbruch des Konkurses) mit Arrest bestrickt wurde. —

Was aber

c) die Verhandlung und Entscheidung über die Liquidität der Forderung betrifft, so wird die Zuständigkeit des inländischen forum arresti durch den im Lande des auswärtigen Gemeinschuldners eröffneten Universal-

13) Darin besteht eine Hauptwirkung des Partikularkonkurses. Schweppe System des Konkurses §. 150.

14) Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 (Moritz, IV S. 10). „Dagegen zieht der allgemeine Gerichtsstand die bereits anhängigen Rechtssachen nur rücksichtlich der Lokation an sich, so daß dergleichen Forderungen zwar vor dem Gantgerichte bei Strafe der Ausschließung anzugeben sind, und in das Lokationserkenntniß am gehörigen Orte eingereiht werden, die Hauptliquidation aber vor dem Gerichte, wo sie angefangen worden, bis zum Schlusse fortgesezt wird, wobey dem Gläubiger oder Kontradiktor unbenommen ist, zu interveniren. Ist der Streit über die besonders verhandelte Forderung zur Zeit der Abfassung des Ganturtheils noch nicht beendigt, so wird dieselbe in diesem eventuell locirt. Vergl. §. 13.

konkurs nicht aufgehoben, und es kann auch der Gerichtsstand des Arrestes noch nach der Konkurseröffnung, mit derselben Wirkung, erst begründet werden [15]. Der Gläubiger, welcher den Arrest bey dem bayerischen Gerichte erwirkt hat, muß zwar seine Forderung bey dem Konkursgerichte rechtzeitig anmelden, auch daselbst die Verhandlung über die Priorität pflegen; es genügt aber, sich hinsichtlich der Liquidität auf die Verhandlung vor dem forum arresti zu beziehen [16].

ε) Heffter äussert in den Institutionen des Civilprozesses S. 431:

> „In einem deutschen Bundesstaat dürfte wohl gegen den Unterthanen eines andern Bundesstaats nicht leicht ein solcher, das forum in der Hauptsache selbst begründender Arrest zuzulassen seyn."

Aber mit Recht entgegnet Mittermaier [17], daß an dem Grundsaze, nach welchem ein Inländer gegen den ausländischen Schuldner Arrest impetriren kann, durch die Verhältnisse des deutschen Bundes nichts geändert sey. „Der deutsche Bund wirkt in privatrechtlicher Hinsicht so weit als ausdrücklich die Bundesakte Ausflüsse

15) In diesem leztern Punkte ist abweichend der ebenangeführte Staatsvertrag mit Würtemberg §. 11. — In dem mit den meisten Schweizer Kantonen (nur Glarus, Schwytz und Appenzell - Innerrhoden sind nicht beigetreten) abgeschlossenen Staatsvertrage ist bestimmt: „Daß von dem Augenblicke der in einem der kontrahirenden Staaten erfolgten Insolvenzerklärungen, in dem andern weder durch Arrest, noch durch sonstige Verfügungen das bewegliche Vermögen des Zahlungsunfähigen zum Nachtheile der Masse beschränkt werden soll" (Regbl. von 1834 S. 931 vergl. mit 1005). — Vergl. die Uebereinkunft mit der fürstl. reuß-plauenschen Regierung der jüngern Linie im Regbl. von 1828 S. 569.

16) S. den angeführten Staatsvertrag §. 12.

17) a. a. O. S. 156.

des deutschen Bürgerrechts ausgesprochen hat; im übrigen bleiben die ohne Rücksicht auf den deutschen Bund bestandenen Verhältnisse" u. s. w.

ζ) Es macht keinen Unterschied, daß der Bezirk des forum arresti und der Bezirk, in welchem der auswärtige Schuldner wohnt, unmittelbar aneinander gränzen. Es ist zwar die „sonderliche Beschwerde" nicht in gleichem Maße vorhanden; aber die oben unter γ) erwähnten Schwierigkeiten walten auch hier ob.

IV.

Der Arrest kann an „Habe oder Leib" verhängt werden. Jedoch ist zum Personalarrest nur dann zu schreiten, wenn kein oder kein ausreichender Gegenstand des Realarrestes vorhanden ist.

Kreittmayr [18]) wirft hier die Frage auf, ob und inwiefern der Arrest (mit der Wirkung der Begründung des besondern Gerichtsstandes) auch gegen Personen „befreiten Standes" verhängt werden könne. Er unterscheidet zwischen dem Real- und Personalarrest, und bejaht die Frage nur in Ansehung des Erstern. Nach dem heutigen Staatsrechte besteht für Personen bevorzugten Standes (Glieder der standesherrlichen Familien, Adelige, Siegelmäßige) auch hinsichtlich des Personalarrestes keine Ausnahme; indem die konstitutionellen Edikte (IV, V, VIII), welche die Vorrechte dieser Standesklassen aufzählen, einer Befreiung in dem fraglichen Betreffe nicht erwähnen. S. jedoch unten Nr. V und VIII.

V.

Die Anhaltung geschieht durch die Obrigkeit des Ortes, wo sich des Schuldners Person oder Gut gerade befindet.

Ist

18) a. a. O. lit. b.

Ist nun der Schuldner eine Person befreiten Standes, so fragt es sich, ob die Verhängung des Arrestes auch von einem Gerichte geschehen könne, welchem über befreite Personen überhaupt, oder doch über Personen der in Frage befindlichen Standesklasse keine Gerichtsbarkeit zusteht? — Die Frage ist zu verneinen. Auch das forum arresti kann für Personen befreiten Standes nur bei Gerichten derjenigen Art statt finden, vor welchen sie ihren allgemeinen Gerichtsstand haben. Es gelten hier die oben §. 6 nr. 9 für den Gerichtsstand vertragsmäßiger Verbindlichkeit aufgestellten Grundsäze. Uebrigens ist noch zu bemerken:

1) Von Ausländern können in Bayern auf ein bevorzugtes forum arresti nur die Glieder der (in Deutschland) regierenden, standesherrlichen und ehemals reichsadeligen Familien [19]) Anspruch machen.

2) In dringenden Fällen, wo Gefahr auf dem Verzug ist [20]), kann jedes Gericht um Verhängung des Arrestes angegangen werden; nur hat hier die Anhaltung blos die Eigenschaft einer provisorischen Maßregel, und kann den Gerichtsstand nicht begründen; vielmehr ist das Kreis-, beziehungsweise das Appellationsgericht des Bezirkes, resp. Kreises, von Amtswegen in möglichster Eile von der getroffenen Verfügung in Kenntniß zu sezen, und das Weitere, was Rechtens, diesem zu überlassen.

VI.

Nach der Vorschrift des §. 8. wird der verhängte Arrest fortgesezt:

19) S. die deutsche Bundesakte Art. XIV. S. unten §. 12 nr. 3.

20) Z. B. wenn der Gläubiger seinen zum ehemaligen Reichsadel gehörigen auswärtigen Schuldner in einem Gränzorte dem Sitze eines Patrimonialgerichts Iter Kl., in dem Augenblicke trifft, da er eben das Land zu verlassen im Begriffe ist.

„bis der Implorant vom Imploraten zufrieden gestellt, oder daß Lezterer in foro arresti antworten und dem judicato nachkommen wolle, durch Pfand oder Bürgen hinlänglich gesichert ist."

Es fragt sich, ob es für die zu stellende Sicherheit genüge, daß der beklagte Ausländer im Inlande mit unbeweglichen Gütern angesessen ist. Diese Frage ist zu verneinen; der Besiz von liegenden Gütern gewährt an und für sich keine hinreichende Sicherheit. Dieselben können überschuldet und ihr Werth viel geringer seyn, als die Forderung des Imploranten beträgt. Der Leztere kann volle Sicherheit durch Bürgschaftsleistung oder wirkliche Verpfändung (nicht blos Vormerkung im Hypothekenbuche) verlangen [21]. Vergl. übrigens unten Kap. VIII §. 5.

VII.

Der Bitte um Arrestverhängung soll nicht anders, als auf vorläufige Bescheinigung der gestellten Forderung willfahrt werden. Nur Bescheinigung, nicht ordentlicher Beweis, insbesondere auch nicht sofortige Liquidität des Betrags wird gefordert. Ueber den Unterschied von Beweis und Bescheinigung s. unten Kap. IX §. 2 [22].

VIII.

Gegen Inländer soll die Arrestverhängung und Begründung des forum arresti nur in folgenden Fällen statt finden, wenn nämlich

21) Kreittmayr in den Anmerk. lit. e. Baron Schmid a. a. O. pag. 1128.

22) S. Kreittmayr's Anmerkungen zu IX §. 2 lit. d. — Gönner im Handbuch IV. Abh 71 §. 4; Abh. 79 §. 14. — Puchta in der Gießner Zeitschrift I S. 293—307. — S. Hofmann a. a. O. §. 5. — Vergl. übrigens über Bescheinigung bei Arrestgesuchen v. Zu Rhein und Sartorius Rechtsfälle Bd. II S. 375 ff.

1) in loco arresti die Bezahlung zu leisten versprochen worden. — Hier handelt es sich aber nicht sowohl von Begründung des forum arresti, als vielmehr nur von Befestigung und Verwirklichung des Gerichtsstandes vertragsmäßiger Verbindlichkeiten. S. oben I; —

2) wenn der Beklagte weder befreit noch angesessen oder sonst genug verkautionirt ist; worüber der Kläger, jedoch erst bei der Arrestrechtfertigung (s. unten Kap. VIII §. 6), etwa durch ein Zeugniß der zuständigen Polizeibehörde, Bescheinigung beizubringen hat.

Kreittmayr sagt: „für ungefreit werden alle diejenigen gehalten, welche nicht von Adel, oder in churfürstlichen Diensten sind.

Hierüber ist zu bemerken: a) Ist ein Adeliger weder angesessen noch sonst genugsam verbürgt, so kann heutzutage mit Verhängung des Arrestes gegen ihn verfahren werden. Das von der Gerichtsordnung vorausgesezte Vorrecht besteht nicht mehr [23]). Standesunterschiede und Vorrechte gehören in das Gebiet des Staatsrechts. Quelle des geltenden Staatsrechts sind die Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 und ihre Beilagen. Einer der Hauptgrundsäze der Verfassung ist: „Gleichheit der Geseze und vor dem Geseze" [24]). — Welche besondere Rechte und Vorzüge noch bestehen sollen, bestimmen der Tit. V der Verfassungsurkunde und die darin angezogenen Beilagen IV, V, VI, VII und VIII. Vorrechte, die zwar nach der ältern Gesezgebung bestanden, aber in diesen Quellen des heutigen Staatsrechts nicht ausdrücklich anerkannt sind, bestehen nicht mehr. Von dem Vorrechte, auf welches die Gerichtsordnung a. a. O. Bezug nimmt, findet sich weder in der Verfassungsurkunde selbst, noch in den Edikten, welche den

23) S. oben IV.

24) S. das Vorwort zur Verf. Urk.

Vorrechten der Standesherrn, Adeligen und Siegelmäßigen gewidmet sind, irgend eine Spur. Dasselbe ist daher als aufgehoben anzusehen. b) Auch für die landesherrlichen Diener (Staats- und öffentlichen Diener) besteht ein solches Vorrecht nicht mehr. Personalarrest kann aber gegen dieselben, solange sie in Dienstesaktivität sind, deswegen nicht verhängt werden, weil die Ansprüche aus Privatrechtsverhältnissen in ihrer Geltendmachung den öffentlichen Dienst nicht beeinträchtigen dürfen [25]. Gleiches gilt c) von den mittelbaren Beamten, durch welche Ausflüsse der Staatshoheit verwaltet werden.

Ob der Implorant als angesessen zu betrachten, ist nach den desfallsigen Gesezen vom 11. Sept. 1825 und 1. Juli 1834 zu beurtheilen. Es kömmt aber nicht darauf an, ob das Vermögen, auf welches die Ansässigkeit begründet ist, zur Befriedigung der implorantischen Forderung hinreiche oder nicht. Das Gesez fordert, um die Arrestverhängung auszuschließen, nur die Thatsache der Ansässigkeit, keineswegs aber Sicherstellung des Imploranten durch hinreichendes Vermögen. Auch die Ansässigkeit auf ein Gewerb oder auf blosen Lohnerwerb genügt. Die Arrestverhängung gegen Inländer ist der Regel nach ausgeschlossen, nicht weil diese persönliche Eigenschaft den Vollzug des künftigen Urtheils gewährleistet, sondern weil die Verfolgung des Rechtes bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Inländers den Schwierigkeiten nicht unterliegt, welche die Einklagung einer Forderung bei einem auswärtigen Gerichte mit sich bringt [26].

Wenn übrigens der Bitte um Arrestverhängung auch gegen nicht angesessene Inländer nur insofern entsprochen werden soll, als sie nicht „genug verkautio-

25) Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus (C. 3 de Primipilo 12, 1).

26) Baron Schmid ad Tit. 19 Art. 6 des alt. Landr. nr. 3.

nirt" sind, so ist darunter nicht eine Verbürgung, daß man dem künftigen Urtheil nachkommen wolle, sondern vielmehr nur Sicherheit darüber zu verstehen, daß sich der Beklagte der Verhandlung vor seinem ordentlichen Richter nicht entziehen werde. Der Arrestverhängung sind insbesondere solche Inländer unterworfen, welche schlechten Leumund haben, oder

„propter periculum fugae aut dilapidationis so beschaffen sind, daß man sie vermög folgenden 8. Kapitels, 5. und 6. §vi nicht einmal zur juratorischen Kaution zulassen kann" [27]).

Ist der (inländische) Schuldner wirklich auf der Flucht begriffen, so kann überall, wo er immer betreten wird, um dessen Anhaltung gebeten werden; nur tritt in solchem Falle nicht der Gerichtsstand des Arrestes, sondern Ablieferung und Verweisung der Sache an den Richter des Wohnortes ein [28]). Arrestverhängung und Begründung soll gegen Inländer

3) statt finden, wenn ein Specialprivilegium des Ortes darüber vorhanden ist. Ein solches hat z. B. nach Zeugniß der Anmerkungen, München von unvordenklichen Jahren hergebracht. In Ansehung des Beisazes, welchen die Gerichtsordnung macht:

„welches jedoch gegen die von Adel oder churfürstliche Bediente niemals Plaz greift,"

wird hiermit auf die oben unter 2 vorgetragene Erörterung Bezug genommen.

IX.

Die Frage, ob die Arrestverhängung und Begründung des forum arresti auch in dem Falle Plaz greife, wenn beide Theile Ausländer sind, wird von Kreitt-

27) Kreittmayr in den Anm. lit. g.

28) Baron Schmid a. a. O. p. 1154—5.

mayr in den Anmerkungen lit. g unter Bezugnahme auf ein Präjudiz aus dem Jahre 1670 bejaht.

X.

Ueber den Arrestprozeß wird unten Kap. VIII §. 6, über den Arrest, als Mittel der Hülfsvollstreckung zum Kap. XVIII, gesprochen.

§. 9.
Forum rei sitae.

1) Zu den Klagen, welche mehr auf die Sache als auf die Person gehen, und demzufolge an das Forum der gelegnen Sache gehören, sind zu rechnen:

a) die dinglichen Klagen, im engern Sinne des Ausdrucks, wie solche aus Eigenthum, Dienstbarkeit, Pfandrecht, Emphyteusis und Superficies entspringen [1];

b) die Klagen, welche zur Geltendmachung oder Bestreitung der, den dinglichen analogen, deutschen Realrechte dienen; so die actio confessoria und negatoria bei Zehenten, Bodenzinsen, Handlohn, Frohnden u. dgl. ohne Unterschied, ob das Recht selbst, oder nur ein gewisser Umfang desselben in Frage ist. Mit den Klagen über das Realrecht selbst ist aber die bloße Einforderung von Rückständen nicht zu verwechseln;

c) alle possessorischen Rechtsmittel, sowohl adipiscendae als retinendae und recuperandae possessionis [2]; sowie auch diejenigen Klagen, welche zur Vorbe-

1) Von den Klagen contra fictum possessorem, welche Schadensersaz bezwecken, kann man nicht sagen, daß sie mehr auf die Sache gehen.

2) Nach gemeinem Rechte hinsichtlich der interdicta retinendae und recuperandae possessionis bestritten, weil diese eigentlich nur als Klage ex delicto erscheinen, und demgemäß dem forum delicti commissi anheimfallen. S. Bayer Vorträge S. 65. Vergl. Heffter im Archiv für civ. Pr. X S. 201 ff.

reitung einer dinglichen dienen, z. B. actio ad exhibendum;

d) die Rechtsmittel wegen widerrechtlicher Bauunternehmungen (operis novi nunciatio), wegen gewaltsamen oder verheimlichten Veränderungen mit Grundstücken (interdictum quod vi aut clam), wegen widerrechtlichen Veränderungen des Wasserlaufs (actio aquae pluviae arcendae).

e) Die Theilungsklagen (actiones mixtae) [3]), sofern es sich von Theilung gemeinschaftlicher körperlicher Sachen oder von Grenzirrungen bei Grundstücken handelt.

f) die s. g. actiones in rem scriptae [4]), jedoch mit Ausnahme der actio de pauperie, indem diese zwar gegen den Besitzer einer Sache, nicht aber auf die Sache selbst, d. h. nicht auf Herausgabe des beschädigenden Thieres, sondern auf Schadensersatz gerichtet ist [5]); — dagegen mit Hinzurechnung der Retraktsklagen [6]).

g) Die Erbschaftsklage (hereditatis petitio), sofern gegen den Besitzer einzelner körperlicher Sachen geklagt wird [7]). S. unten §. 10 III nr. 4; §. 14 nr. 6.

3) Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile des Civilprozesses S. 69. — Vergl. Oberappellationsger. Erk. vom 17. März 1835. Bei Auseinandersetzung von Erwerbsgesellschaften, eben so von Erbschaften ist das forum rei sitae für die Theilungsklagen im Allgemeinen nicht anwendbar. Vergl. unten §. 14 und §. 16.

4) Kreittmayr in den Anmerk. zum Cod. civ. Th. II Kap. I §. 11 Nr. 3. — Vergl. Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 §. 14 (Moritz IV S. 11).

5) S. meine Erörter. einzelner Lehren des röm. Privatrechts. Abth. I Nr. 43.

6) Kreittmayr a. a. O. Th. IV Kap. V §§. 10, 11 Nr. 3. Vergl. mit Linde Lehrbuch des Civilprozesses §. 90 not. 6.

7) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 69. Vergl. Bayer im Archiv für civ. Pr. Bd. VI S. 180. Der Staatsvertrag

2) Ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche sey, macht für die Begründung des forum rei sitae keinen Unterschied [8]).

3) Die gemeinrechtliche Kontroverse, ob der Gerichtsstand der gelegenen Sache für die Sphäre seiner Wirksamkeit ein ausschließender sey [9]), ist von der Gerichtsordnung bejahend entschieden.

4) Bei diesem Gerichtsstande kömmt es nicht darauf an, daß sich der Beklagte am Orte der gelegenen Sache oder doch im Bezirke des forum rei sitae persönlich betreten lasse [10]).

5) Nach dem Staatsvertrage mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 §. 14 wird das von dem Gerichte der gelegenen Sache gesprochene rechtskräftige Erkenntniß von dem Richter des Wohnsitzes des Beklagten nach allen Theilen anerkannt, und an den im Wohnorte befindlichen Gütern insoweit vollstreckt, als die in dem andern Staate gelegenen Güter des Sachfälligen unzureichend sind.

mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 enthält folgende Bestimmung: §. 15 „Erbschaftsklagen werden nicht im Wohnort des Erben, sondern da, wo sich die Erbschaft befindet, erhoben, und zwar dergestalt, daß, wenn die Erbschaftsstücke zum Theil in dem andern Gebiete der kontrahirenden Staaten sich befinden, der Kläger seine Klage zu theilen verbunden ist, ohne Rücksicht, wo der größte Theil der Erbschaftssachen sich befinden mag." — Doch werden alle beweglichen Erbschaftsstücke angesehen, als befänden sie sich am Wohnorte des Erblassers (Moritz IV S. 11).

8) S. Kreittmayr's Anm. zu diesem §en.

9) Vergl. A. D. Weber Beitr. zur Lehre von Klagen und Einreden St. 2 S. 15—32. Heffter a. a. O. S. 207 f.; Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 70. Kind quaest. for. Tom. III cap. 5. — Vergl. v. Schelhaß Magazin I S. 28 ff.

10) Reinhardt im Handbuch des Prozesses Bd. I §. 23.

§. 10.

Forum continentiae vel connexionis causae.

I.

In der Ueberschrift dieses §en sind zwei Ausdrücke, welche verschiedene Begriffe bezeichnen, als identisch gebraucht. Ebenso ist in dem Inhalte dieser Gesezstelle eine Vermischung verschiedener Begriffe bemerkbar. Die Doktrin unterscheidet

1) den Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen (forum continentiae causarum ex connexitate — der materiellen Connexität) [1];

2) den Gerichtsstand der Einheit des Klagegrundes (forum continentiae causarum ex identitate [2]).

Der Erstere beruht auf dem Grundsaze, daß mehrere Streitpunkte, welche in einem innern Zusammenhange stehen, und ohne Nachtheil der Sache nicht von einander getrennt werden können, bei demselben Gerichte verhandelt werden sollen; so insbesondere die vorbereitende, die Vor-, Neben- oder Zwischenfragen bei dem für die Hauptsache zuständigen Gerichte.

Die Besonderheit des Gerichtsstandes der Einheit des Klagegrundes besteht hingegen darin, daß mehrere Beklagte, welche dem Kläger aus einem und demselben Klagegrunde haften, aber ihren allgemeinen Gerichtsstand unter verschiedenen Gerichten haben, bei einem Gerichte belangt; oder darin, daß dingliche Klagen auf mehrere in verschiedenen Bezirken gelegene Sa-

1) Gensler Handbuch zu Martin's Lehrbuch ed. II S. 95 ff. Reinhardt Handbuch §. 27. — Martin Lehrbuch ed. XI §. 55. Linde im Lehrbuch §. 94. — Vergl. Lotz civil. Abhandl. N. V S. 135 ff.

2) Reinhardt a. a. O. §. 28. Martin a. a. O. §. 58. Linde a. a. O. §. 100.

chen, wenn solche einen gemeinsamen Klagegrund haben, bei einem Gerichte angebracht werden können.

Der Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen ist (nach der gemeinrechtlichen Terminologie s. oben §. 2. nr. 2.) eine Art des forum ordinarium; hingegen der Gerichtsstand der Einheit des Klagegrundes ein ausserordentlicher. Jener ist schon nach gemeinem Rechte der Regel nach ein gebotener; wohingegen die Benüzung des Lezterem von dem Ermessen des Klägers abhängt [3]), (was sich jedoch nach bayerischem Prozeßrechte, wie sofort angeführt werden wird, anders verhält).

II.

In Ansehung des Gerichtsstandes aus dem Zusammenhang der Sachen bestimmt der §. 10:

„Sachen, welchen zusammen gehören, soll man nicht leicht von einander trennen, sondern von einer Obrigkeit allein verhandeln lassen."

Zusammen gehören:

a) die mehreren Rechtssachen, in welchen nach verschiedenen Rücksichten eintretende verschiedene Rechtsfolgen derselben Thatsache verhandelt werden; z. B. im Falle einer Gesezesübertretung die Strafrechtssache und der Entschädigungspunkt [4]);

3) S. Gensler im Kommentar zu Martin §. 50 Bd. I S. 80.

4) Sofern nur die Behörde, welcher das Straferkenntniß zusteht, überhaupt mit dem Richteramte bekleidet ist. S. oben §§. 4 und 5 nr. 3 a. E. — Ist zwar die Polizeibehörde erster Instanz zugleich Richteramt z. B. ein Landgericht, aber nicht die Oberpolizeibehörde, die Kreisregierung, so geht der Recurs über die zuerkannte Polizeistrafe an Leztere, der Recurs über den miterledigten Civilpunkt an das betreffende Appellationsgericht. Gensler im Handbuch S. 81, welcher hier auch den Fall zweier electiv concurrirender Rechtsverfolgungsmittel erwähnt.

b) die Verfolgung der Hauptsache und die Geltendmachung der Nebenforderungen an Zinsen, Früchten, Interesse, Kosten, Kaution u. dgl.; eben so die Verfolgung des Rechtes auf fortdauernde Leistungen, und die Einklagung der Rückstände [5];

c) mehrere Rechtssachen, in deren einer der Hauptzweck der Parthei verfolgt wird, während die andre entweder eine gesezliche Vorbedingung der Erreichung dieses Hauptzweckes zu erfüllen, resp. zur Anerkennung zu bringen sucht (Präjudizialsache) [6], oder als ein Beförderungsmittel der ersten erscheint (präparatorische Sache) [7], oder sonst Einfluß auf den Prozeßgang und die Entscheidung der Hauptsache, bei deren Verhandlung sie entstanden ist, haben kann (Incidentsachen überhaupt) [8];

d) Rechtsstreite über die Ausübung eines Rechtes (possessorische Prozesse) und die Verhandlungen über das Recht selbst (Petitorium) [9].

5) S. Hiervon unten Nr. 1 und Note 18.

6) Dahin gehören die Verhandlungen über die Legitimation zur Sache, wenn sie in einem gesonderten Rechtsstreite gepflogen werden. S. hierüber Bethmann-Hollweg Versuche S. 123 ff. — Dahin kann auch der Besizstreit im Verhältniß zum petitorium gehören, wenn es nämlich streitig ist, wer Besizer sey und daher im petitorium auf die Rolle des Beklagten Anspruch habe. Vergl. §. 4 J. de interdictis. Gensler a. a. O. S. 94 not. 45.

7) Z. B. die actio ad exhibendum, die Provocationen, Urkundeneditionsgesuche, Perhorreszenz des Richters. Kreittmayr Anm. lit. a.

8) Z. B. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen versäumte Fristen, Streitverkündung, nominatio auctoris, Intervention, Ungehorsamsbeschuldigungen, Provisorien u. dgl.

9) Const. 10 de judiciis (3, 1); Const. 13 de rei vind. (3, 32); Cap. I X de causa poss. et propr. (2, 12). S. jedoch Kreittmayr a. a. O. — und unten Nr. 1 und lit. y. — Kind quaest. for. ed. II Tom. III cap. VI.

Ueber diese mehreren Fälle ist zu bemerken:

1) Diejenige Sache, wegen welcher der Richter zunächst angegangen und in welcher der Hauptzweck der Parthei verfolgt wird, heißt Hauptsache, diejenige aber, welche Jene nach sich zieht, Nebensache [10]. — Die Eigenschaft als Nebensache schließt es aber keineswegs aus, daß darüber ein selbstständiger Prozeß geführt werde, wie dies bei den Präjudizialklagen, bei der Prinzipalintervention, und auch bei einem Editionsgesuche der Fall seyn kann; insbesondere wenn lezteres gegen einen Dritten gerichtet ist [11].

Der Besizstreit und das Petitorium folgen gemeinhin auf einander; aber der Gegensaz von Haupt- und Nebensache paßt hier nur insofern, als die vorgängige Entscheidung des Besizstreites, auf Bestimmung der Partheirolle und der Beweislast bei dem Petitorium wesentlichen Einfluß hat.

Wenn die Verfolgung des Rechtes auf fortlaufende Leistungen und die Einklagung der Rückstände (formell) in zwei verschiedene Rechtssachen zerfallen (s. unten Not. 18), so ist Erstere als Hauptsache zu betrachten. S. meine Schrift über das Forum der Schuldentilgungsanstalt. Ansbach 1835 §. 10.

2) Die Nebensachen können sich a) entweder auf die Subjekte des Prozesses beziehen, z. B. Perhorrescenz, Armenrecht, Legitimationen, oder b) auf die Sache selbst, z. B. Kautionsforderungen, Editionsgesuche, Beweis zum ewigen Gedächtniß, oder c) auf das Verfahren, z. B. Verhandlungen über Fristgesuche, deren Bewilligung oder

10) Die von Gensler im Handbuch S. 93 zur Aufhellung und Berichtigung dieser Eintheilung angegebnen Grundregeln sind nicht geeignet, ihren Zweck zu erreichen; sie verwirren mehr, als sie verdeutlichen.

11) Gensler a. a. O. S. 85 ff.

Verweigerung, über die gegen Versäumung einer Frist gesuchte Restitution u. dgl. [12]).

3) Sowohl die Präjudicial- als die vorbereitenden Sachen können vor der Erhebung des Hauptprozesses anhängig gemacht werden, aber auch erst im Laufe desselben (als Incidentsachen) zur Verhandlung kommen [13]). Z. B. hängt die Bestimmung der Beweislast in dem petitorischen Hauptstreite davon ab, welcher der streitenden Theile Besitzer sey, und ist über diesen Präjudicialpunkt zur Zeit keine Gewißheit vorhanden, so ergiebt sich darüber ein Zwischenstreit, eine präjudicielle Incidentsache [14]). — Eben so kann die Klage auf Urkundenedition dem Hauptprozesse vorhergehen, oder auch, was häufig der Fall, erst beim Beginnen des Beweisverfahrens erhoben werden.

Manchmal haben vorbereitende Sachen zugleich die Natur [15]) der präjudiciellen; z. B. wenn der Ausgang des Prozesses hauptsächlich von dem Inhalte einer zu edirenden Urkunde abhängt [16]).

4) Bei dem für die Hauptsache zuständigen Richter sind auch die dazu gehörigen Nebensachen anzubringen; insbesondere die Präjudicial-, die vorbereitenden und die Incidentsachen [17]). Wenn jedoch

12) Gensler a. a. O. Not. 23.

13) Martin a. a. O. §§. 30—32. Gensler a. a. O. §§. f, g.

14) Präjudiciell sind auch häufig die Incidentstreite über Legitimationspunkte, Fristversäumnisse, Restitutionen.

15) Die Natur, nicht das Wesen, s. oben lit. c.

16) Gensler a. a. O. S. 87, welcher in Bezug auf solche Fälle von „incidirenden Präjudicialpunkten, im Gegensaz von eigentlichen Präjudicialsachen spricht.“

17) Fr. 54 de judic. (5, 1): „Per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet; major enim quaestio minorem causam ad se trahit.“ Linde im Lehrbuch §. 94. Gensler a. a. O. S. 96—8.

α) die Nebensache nicht zwischen denselben Partheien zu verhandeln ist[18]), so bestimmt sich der Gerichtsstand nach der Person desjenigen, gegen den die Nebenklage gerichtet ist, z. B. für die hereditatis petitio in Ansehung der Erbschaft eines Bruders ist vorerst die Anerkennung der Kindesrechte gegen den Vater des Erblassers zu erstreiten; diese Präjudicialklage ist nicht bei dem forum hereditatis, sondern bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Vaters anzustellen. — Ist ein Dritter im Besitze der Urkunde, deren Edition in Bezug auf einen anhängigen oder anhängig zu machenden Prozeß verlangt wird, so braucht sich derselbe nicht bei dem Gerichte des Hauptprozesses einzulassen. — Die zunächst gegen den Kläger des Hauptprozesses gerichtete Prinzipalinterven-

18) Dahin ist aber nicht der Fall zu rechnen, wenn sowohl der Haupt-, als der Nebenanspruch gegen den Staat, aber gegen verschiedne Kassen, für welche verschiedne Gerichtsstände bestehen, gerichtet ist; z. B. wenn eine Forderung auf ein Passivreichniß aus einem Titel vor dem 1. Oktober 1811, sowohl hinsichtlich des Rechtes selbst und der künftigen Leistungen, als auch in Betreff der vor dem 1. Okt. 1811 erwachsenen Rückstände geltendgemacht werden soll. — Abgesehen von der Konnexität gehört die Einklagung der Rückstände aus der Zeit vor dem 1. Oktober 1811 vor das Forum der Schuldentilgungsanstalt, das Appellationsgericht des Isarkreises (Staatsschuldengesez von 1822 §. 3); der Anspruch auf künftige und die nach dem 1. Okt. 1811 verfallenen Leistungen hingegen, der gegen den Finanzfiscus gerichtet ist, vor das Forum des Lezteren, das Appellationsgericht des betreffenden Kreises. — Wegen der Konnexität kann aber die Einklagung des Rechtes selbst mit dem Anspruch auf künftige Leistungen von der Einklagung der Rückstände nicht getrennt werden. Ersteres erscheint als die Hauptsache (s. oben im Texte II, nr. 1 am Ende); daher ist auch für die Rückstände das Forum des Finanzfiscus, nämlich das Appellationsgericht des betreffenden Kreises, für zuständig zu achten. — Vergl. Bayer Vorträge S. 70 a. E.

tion ist (abgesehen von den Fällen eines ausschließenden besondern Gerichtsstandes) bei demjenigen Gerichte anzubringen, welchem Jener unterworfen ist. (Vergl. Blätter für Rechtsanwendung nr. 4). — Hinsichtlich der Fälle solcher Art stellt die Doktrin den Grundsaz auf, daß das forum continentiae causarum ex connexitate überall nebst dem Sachzusammenhange Identität der streitenden Theile erfordre [19]).

β) Causae exemtae, für welche besondre Gerichte bestellt sind (s. unten §. 13) können nicht wegen Konnexität an ein anderes Gericht gezogen werden, und der Richter der eximirten Sache kann eben so wenig aus diesem Grunde für Sachen andrer Art zuständig werden [20]); z. B. der Ehescheidungsrichter nicht für die Theilung des Vermögens.

γ) Sowohl im römischen als kanonischen Rechte ist verordnet, daß das Possessorium und Petitorium bei demselben Gerichte verhandelt und entschieden werden sollen [21]). Nach der Gerichtsordnung erscheint dieser Saz nur als Folge der Vorschrift des §. 9, zufolge welcher das forum rei sitae sowohl für das Petitorium als Possessorium ein ausschließendes ist.

δ) Der Lehrsaz: „ubi provocatio, ibi actio," ist falsch. Kann nach Beschaffenheit der Hauptsache der

19) Reinhardt a. a. O. S. 49. — Vergl. Gensler im Handbuch S. 90. In der Praxis ist es mir öfters vorgekommen, daß sich der Dritte, von welchem Urkundenedition gefordert wird, bei dem Richter der Hauptsache eingelassen hat.

20) Kreittmayr in den Anm. zum §. 10 lit. c. Im kanonischen Recht ist verordnet, daß der geistliche Richter in Ehescheidungssachen auch über die restitutio dotis zu erkennen habe. Cap. 3 X de donat. inter virum et uxorem (4, 20).

21) Const. 10 de judiciis (3, 1); Const. 13 de rei vind. (3, 32); cap. 1 X de sequest. (2, 17). Kind quaest. for. ed. II Tom. III cap. VI.

Kläger zwischen mehrern Gerichtsständen wählen, so wird ihm dieses Wahlrecht durch die von seinem Gegner bei einem dieser Gerichte erhobene Provokation nicht entzogen [22]. — Ueberhaupt wird

ε) durch die frühere Rechtshängigkeit der Nebensache auf dem Grunde der Konnexität Zuständigkeit für die Hauptsache nicht begründet [23].

ζ) Wenn jede von mehrern konnexen Sachen als Hauptsache betrachtet werden kann, so wird diejenige von ihnen, welche zuerst zur Verhandlung kömmt, bei demjenigen Gerichte angebracht, wohin sie, für sich betrachtet, gehört. Ist aber einmal hinsichtlich einer derselben Rechtshängigkeit vorhanden, so zieht sie, sofern keine Gründe der Ausnahme vorhanden, auch die andern nach sich [24].

5) Ob

22) Linde im Lehrbuch §. 94 not. 7. Gensler im Kommentar Bd. I S. 82. — Vergl. fr. 54 de judiciis. — Kreittmayr in den Anmerkungen zu Kap. I §. 15 a. E.

23) Linde und Gensler a. a. O. Fr. 54 cit.

24) Bayer Vorträge a. a. O. Wenn z. B. blos Rückstände von Zahlungen, welche zum Theil der Schuldentilgungskasse, zum Theil dem laufenden Dienste zur Last fallen, gefordert werden, so kann der Fall allerdings so beschaffen seyn, daß man die beiden Abtheilungen des fraglichen Anspruchs unter den Gegensaz von Haupt- und Nebensache nicht subsumiren kann. (S. jedoch meine Schrift über das Forum der Schuldentilgungsanstalt §. 10 a. E.) Unter so bewandten Umständen hat der Kläger die Wahl, ob er bey dem Forum der Schuldentilgungsanstalt oder bei dem Appellationsgericht des betreffenden Kreises klagen will, und zwar hier oder dort — zusammen auf Rückstand und künftige Leistungen. — Jedenfalls kann über Beides — nur ein Gericht verhandeln und entscheiden. Denn gerade in Fällen solcher Art tritt ein Hauptgrund des forum connexitatis, nämlich die Nothwendigkeit, sich widersprechende Urtheile in derselben Sache zu vermeiden (S. Gensler im Handbuch S. 97), recht augenfällig hervor.

5) Ob gleichzeitige Verhandlung der mehrern connexen Sachen stattfinden könne, oder ob die Verhandlung der einen bis zur Entscheidung der andern gehemmt werde, hängt davon ab, in welchem Verhältnisse sie zu einander im einzelnen Falle stehen. Die Verhandlung der Hauptsache oder deren Fortsezung kann von vorgängiger Entscheidung einer Präjudicial [25] — oder vorbereitenden [26], oder auch sonstiger (Incident) Nebensachen [27] abhängig seyn. — Die Hemmung hat (abgesehen vom Einverständniß der Partheyen) nur da stattzufinden, wo sie in der Natur der Sache liegt, oder durch besondre Geseze geboten ist [28]. — Insbesondre wird der Präjudicialpunkt der Legitimation zur Sache der Regel nach nicht als eine besondere Präjudicialsache, sondern gleichzeitig und in denselben Akten mit der Hauptsache verhandelt [29].

25) Vergl. z. B. fr. 42 pr. de noxal. act. (9, 4).

26) Z. B. eines Urkundeneditionsgesuchs. Gensler im Handbuch S. 91.

27) Z. B. eines Restitutionsgesuches wegen versäumter Beweisfrist.

28) S. Linde a. a. O. §. 45 not. 5. — Ueber die einzelnen Fälle am gehörigen Orte. — Der Begriff der Präjudicialpunkte und Präjudicialsachen bringt keineswegs (wie der Wortlaut anzudeuten scheint) eine der Hauptsache vorgängige Verhandlung und Entscheidung mit sich. — Bei einer gleichzeitig nach den Grundsäzen der Eventualmaxime stattfindenden Verhandlung ist nur der Präjudicialpunkt dem Auge des Richters zunächst vorgesteckt, und kömmt es zur Entscheidung, so wendet sich desselben Reflexion zuerst auf die Vorfrage. Gensler a. a. O. S. 91. — Wird der Präjudicialpunkt in gesonderten Verhandlungen erörtert, so ist der Begriff der Präjudicialsache gegeben. Geradeso ist der Unterschied von Incidentsachen und Incidentpunkten zu bestimmen.

29) S. unten Kap. VII. — Vergl. Linde im Lehrbuch §. 115;

III.

Im gemeinen Civilprozesse hat sich auf dem Grunde mehrerer Bestimmungen des römischen [30] und des kanonischen [31] Rechts, so wie der Reichsgeseze [32] durch Doktrin und Praxis [33] ein ausserordentlicher Gerichtsstand für folgende zwei Fälle ausgebildet [34]:

1) Wer gegen mehrere Personen, die in dem Fragefalle nicht demselben Untergerichte, wohl aber einem gemeinsamen Obergerichte unterworfen sind, aus demselben Rechtsgrunde dasselbe Recht verfolgen will, soll dieses bei dem nächsten Obergerichte aller Streitgenossen thun dürfen (forum continentiae causarum ex identitate personali); auch soll 2) derjenige, welcher aus demselben Rechtsgrunde mehrere Objekte, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, von Einem Beklagten in Anspruch nehmen will, befugt seyn, das nächste gemeinschaftliche Obergericht deßhalb anzugehen (forum continentiae causarum ex identitate reali).

Die Gerichtsordnung bestimmt hierüber a. a. O.:

Gensler a. a. O. S. 136. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 112—27.

30) Tit. Digest. de quibus rebus ad eundem judicem eatur (11, 2); Fr. 8 §. 1, fr. 9 de liberali causa (40, 12); Const. 10 de jud. (3, 1); Const. 2, 5 arbitrium tutelae (5, 51).

31) Cap. 43 X de rescriptis (1, 3).

32) R. A. v. 1570 §. 77. Dep. A. v. 1600 §§. 23, 24, 140.

33) Ob dieser ausserordentliche Gerichtsstand seine Begründung nicht schon unmittelbar in den Gesezen findet, ist bestritten. Vergl. Martin im Magazin für den bürgerl. Proz. II S. 174 Not. d; Gensler Kommentar zu Martin §§. 55—7; Bülow und Hagemann prakt. Erört. III, 62 S. 345; Pfeiffer prakt. Ausf. I S. 324; Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. II S. 141; Bayer Vorträge S. 85—7; Linde im Lehrbuch §. 100.

34) Linde a. a. O.

„Im Falle auch die Klage auf mehrere Sachen, oder gegen mehrere Personen, welche unter verschiednen Obrigkeiten stehen, gerichtet ist, soll man dieselbe bei der nächsten höhern Obrigkeit anbringen.“

Nachdem in der Gerichtsverfassung wesentliche Aenderungen eingetreten waren, ergaben sich darüber, ob und in welchem Maaße diese Gesezstelle noch angewendet werden könne, mancherlei Zweifel. Der Gesezgeber, hierauf durch den Anfragebericht eines Appellationsgerichtes aufmerksam gemacht, erließ unter dem 9. August 1810 eine „authentische Erklärung und Vervollständigung“ des erwähnten Gesezes [35]), welche — verglichen mit den später eingetretenen Veränderungen der Gerichtsverfassung und Kompetenzvorschriften — folgende Bestimmungen enthält:

1) Wenn wegen einer und derselben Forderung [36]) mehrere Personen belangt werden sollen, welche dem nämlichen Appellationsgericht in zweiter Instanz unterworfen sind, so muß die Klage bei diesem Appellationsgericht, als erster Instanz angebracht werden. Wenn hingegen

2) die Beklagten bei verschiedenen Untergerichten, die nicht unter einem und demselben Appellationsgerichtsbezirke stehen, belangt werden müssen, so hat der Kläger die Wahl des Gerichtsstandes in so weit, daß er die Klage bei der ersten Instanz, unter welcher ein- oder der andere Beklagte steht, anbringen kann, und die übrigen Streitgenossen sind schuldig, vor demselben Richter Rede und Antwort zu geben.

35) Reg. Bl. von 1810 S. 631—3. — Moritz Novellen zur Ger. Ordn. I S. 32.

36) Das Gesez spricht nur von Forderungen. Bei dinglichen Klagen, die vor das forum rei sitae gehören, findet diese Bestimmung keine Anwendung.

3) Wenn unter den Streitgenossen theils privilegirte, theils unprivilegirte Personen sich befinden [37]), so muß die Klage, sofern sie nicht ohnehin nach der Bestimmung unter Nr. 1 vor das gemeinschaftliche Appellationsgericht gehört, nothwendig bei einem Gerichte angestellt werden, dem einer der privilegirten Beklagten unterworfen ist. Sind unter den Beklagten Personen, welche ihren Gerichtsstand bei den Appellationsgerichten haben, so kann die Klagstellung nur bei einem Appellationsgerichte geschehen.

4) Wenn aus dem nämlichen Klagegrunde (z. B. aus dem Erbrecht) mehrere einem Beklagten gehörige und verschiedenen Gerichtsstellen unterworfene Sachen gefordert [38]) werden, so tritt das nächste Obergericht, unter dem alle stehen, als erste Instanz ein.

37) Zur Zeit der Erlassung dieser Novelle, gab es ausser den Appellationsgerichten kein privilegirtes Forum; wohingegen nach der neuesten Gerichtsverfassung und den constitutionellen Bestimmungen über das privilegium fori, die meisten bevorzugten Personen ihren Gerichtsstand bei den Kreis- und Stadtgerichten haben. — Hiernach modificirt sich die Anwendung der Nr. 4 der gedachten Novelle dahin, daß, wenn einer oder einige der in verschiednen Appellationsgerichtsbezirken wohnenden Beklagten ihren bevorzugten Gerichtsstand vor einem Kreis- und Stadtgerichte haben, die Klage bei einem Gerichte dieser Art anzustellen ist. — Sind aber Einer oder Einige der Beklagten einem Kreis- und Stadtgerichte — als gemeinem Gerichtsstande unterworfen, und ist überhaupt unter denselben keine in Ansehung des Forums bevorzugte Person, so tritt jene Beschränkung des dem Kläger zustehenden Wahlrechts nicht ein. —

38) Vergl. Kreittmayr Anm. zu Kap. I §. 14 a. E. Vergl. den Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 §. 15. Der Ausdruck gefordert, ist hier im allgemeinen, unjuristischen Sinne gebraucht. Von Forderungs- (Obligations-) Klagen ist hier nicht die Rede; wenn z. B. mit der actio emti mehrere in verschiednen Gerichtsbezirken gelegene Immobilien, welche in demselben Kaufvertrage verkauft wor-

Ist kein solches vorhanden, so hat der Kläger die Wahl unter den gewöhnlichen Gerichtsständen, denen diese Sachen unterworfen sind, ausgenommen, wenn der Beklagte den größern Theil seiner Güter unter anderer Obrigkeit hat, und dieses so kundbar ist, daß es keiner weitläufigen Untersuchung bedarf[39]. — Gehören eine oder einige der in Anspruch genommenen Sachen zur Kathegorie derjenigen, für welche ein dingliches privilegium fori besteht[40], so ist das Wahlrecht des Klägers insofern beschränkt, als hier die Erhebung der Klage bei einem Gerichte, welches keinen befreiten Gerichtsstand bildet, nicht zuläßig ist. Diese Beschränkung rechtfertigt sich durch analoge Anwendung der oben unter Nr. 3 vorgetragenen Bestimmung.

Ueber die Anwendung der unter Nr. 1—3 vorgetragenen Rechtssäze ist noch zu bemerken:

a) Dieselbe findet statt, ohne Unterschied, ob der Gegenstand eine untheilbare oder theilbare Sache ist; ja selbst in dem Falle, wenn er bereits wirklich getheilt ist;

den sind, gefordert werden, so handelt es sich gar nicht von einer Konkurrenz oder Kollision der mehrern fora rei sitae; sondern die Klage ist bei dem Gerichte, unter welchem der Beklagte wohnt, oder nach Umständen bei dem forum contractus (s. oben §. 6) anzustellen. — Die hier in Frage befindliche Gesezesvorschrift bezieht sich lediglich auf dingliche Klagen, sie beschränkt sich aber nicht auf die Eigenthumsklagen, sondern umfaßt alle Fälle der Cumulirung mehrerer, verschiedene Sachen betreffender, dinglicher Klagen. — Auch auf eine gleiche Cumulirung possessorischer Rechtsmittel (aber nur adipisc. poss.) kann sie bezogen werden. —

39) Die exceptio fori declinatoria, durch welche der Beklagte behauptet, der größere Theil der fraglichen Güter liege unter andrer Obrigkeit, kann also nur insofern beachtet werden, als sie sofort liquid gemacht wird.

40) S. Beilage V zur Verf. Urk. §. 11, Absaz 3.

wenn z. B. gegen mehrere Miterben, welche die Erbschaft schon getheilt, eine persönliche Klage angestellt werden soll [41]. — Die Begründung dieses (ausserordentlichen) Gerichtsstandes beruht lediglich darauf, daß mehrere Personen aus einer und derselben Forderung belangt werden sollen; nur die Einheit des Forderungsgrundes wird vorausgesezt; auf die Beschaffenheit des Forderungsgegenstandes nimmt das Gesez keine Rücksicht. Nach dem Grundsaze: „aes alienum ipso jure divisum [42]," zerfällt zwar die Schuld in mehrere Theile; aber die mehrern Theile zusammen bilden immer noch die eine und dieselbe Schuld, indem die Einheit der ursprünglichen obligatio, des Entstehungsgrundes, durch Einwirkung des ebenerwähnten Rechtssazes nicht aufgehoben werden kann.

b) Das Gesez gebietet in den angegebenen Fällen (Nr. 1—3) die Benüzung dieses Gerichtsstandes, der Kläger muß die mehrern Personen, welche aus einem und demselben Forderungsgrunde haften, zusammen belangen [43]. Wird daher nur gegen einen oder einige der mehrern Streitgenossen auf ihren Antheil der Schuld geklagt, so können sich dieselben der verzögerlichen Einrede der mehrern Streitgenossen bedienen. — Natürlich findet diese Einrede nicht statt, wenn die Klage auf

41) Nach gemeinem Prozeßrechte ist die Sache kontrovers; S. Pfeiffer a. a. O. Linde a. a. O., jedoch nach der richtigen Ansicht so zu entscheiden, wie hier geschieht.

42) Const. 26 de pactis (2, 3); Const. 6 fam. ercisc. (3, 36).

43) Abweichend vom gemeinem Rechte. Vergl. Const. 1 de consort. ejusd. litis (3, 40) mit Const. un. Cod. Theodos. de dominio rei, quae poscitur etc. (2, 5). — Linde in der Gießner Zeitschr. Bd. I S. 166 ff. Martin im Magazin I S. 170 ff. Reinhardt im Handbuch I §§. 54—60; Mittermaier im Arch. für civ. Pr. III S. 42 ff. Gönner im Handbuch I, 18.

das Ganze gerichtet ist, und die Beklagten aus einer obligatio in solidum haften [44].

Das forum continentiae causarum ex identitate reali (Nr. 4) ist gleichfalls insofern ein gebotenes, als sich der Beklagte nicht gefallen zu lassen braucht, mit mehrern aus demselben Klagegrunde entspringenden, auf verschiedne Sachen gerichteten, dinglichen Klagen, bei verschiednen Gerichten belangt zu werden.

Die in der Novelle vom 9. Aug. 1810 enthaltene Erklärung und Vervollständigung der Vorschrift der Gerichtsordnung erscheint als consequente Entwicklung der Lezteren; es unterliegt daher keinem Bedenken, sie auch in denjenigen Gebietstheilen zur Anwendung zu bringen, für welche eine besondere Publikation derselben nicht nachgewiesen werden kann.

§. 11.

Von Personen, welche a foro ordinario ausgenommen sind.

Einen befreiten Gerichtsstand haben

1) die Glieder des königlichen Hauses [1]. Real- und gemischte Klagen gegen dieselben werden bei den einschlägigen [2]) Appellationsgerichten angebracht. Ueber alle andere persönliche gerichtliche Angelegenheiten der Prinzen und Prinzessinnen des Hauses verfügt und entscheidet der

44) Linde im Lehrbuch §. 109.

1) Dahin gehören nach dem Familienstatut vom 5. Aug. 1819 Tit. I §. 1 (Reg. Bl. von 1821 St. I S. 7) — alle Prinzen und Prinzessinnen, welche von dem Könige oder von einem Descendenten des gemeinschaftlichen Stammvaters des königlichen Hauses, durch anerkannte ebenbürtige rechtmäßige Ehen in männlicher Linie abstammen.

2) D. h. denjenigen, unter welchen die fragliche Sache gelegen ist. — S. Fam. St. Tit. X §. 1.

König [3]); nach seinem Ermessen unter Zuziehung des Familienrathes [4]).

2) Der königliche Fiskus, welcher in allen streitigen Privatrechtsverhältnissen bei den königlichen Ge-

3) Ueber das Verfahren bestimmt das Familienstatut Tit. X §. 2: Den vorläufigen Versuch der gütlichen Vereinbarung hat der königl. Staatsminister der Justiz auf königl. Auftrag anzustellen. Bleibt derselbe ohne Erfolg, so wird der Prozeß durch die Präsidenten des Oberappellationsgerichts und des Appellationsgerichts der Residenzstadt (— des Isarkreises) nach der bestehenden Gerichtsordnung im königl. Namen und nach vorläufigem besondern Auftrag des Königs instruirt. Die auf obige Weise instruirten Akten werden an das königl. Staatsministerium der Justiz eingesendet. Die Entscheidung der Sache erfolgt durch den König nach vorher eingeholtem gemeinschaftlichen Gutachten der beiden Staatsministerien des königl. Hauses und der Justiz in erster und zugleich in lezter Instanz.

4) Hierüber bestimmen Tit. X §§. 4—8: Dem Könige bleibt es vorbehalten, zu Entscheidung wichtiger Fälle in persönlichen Angelegenheiten der Glieder des königl. Hauses einen Familienrath zu berufen. Derselbe besteht aus dem Könige, dem Kronprinzen, denjenigen Prinzen des königl. Hauses, welche das 21. Jahr erreicht haben, den Kronbeamten und Ministern. — Die Zusammenberufung wird den sämmtlichen Mitgliedern durch ein besonderes königl. Dekret bekannt gemacht. — Der Familienrath als königlicher oberster Gerichtshof wird von dem Könige oder in dessen Abwesenheit von dem Kronprinzen präsidirt; sind beide nicht gegenwärtig, so wird das Präsidium nach Gutbefinden des Monarchen einem Andern durch besonderes Dekret übertragen. — Der Staatsminister der Justiz hat bei dem königl. Familienrathe den Vortrag. — Der Familienrath erkennt in der ihm beigelegten Eigenschaft nach den rechtlichen Verhältnissen des Falles. — Die Bestätigung bleibt dem Könige vorbehalten. — S. Moritz Novellensammlung IV S. 20—22.

richtshöfen d. h. den Appellationsgerichten Recht nimmt [5]).

Es ist

a) nur eine Folge allgemeiner Grundsäze, daß der Fiskus in allen Fällen, wo derselbe als Kläger, Intervenient oder Litisdenuntiat erscheint, auch vor den Untergerichten Recht zu nehmen habe [6]).

b) Die Staatsschuldentilgungsanstalt hat für die 6 älteren Kreise und auch für den Untermainkreis hinsichtlich der auf die frühere besondere Schuldentilgungsanstalt dieses Kreises nicht schon vor dem 1. Okt. 1831 hingewiesenen Forderungen [7]) ihren Gerichtsstand bei dem Appellationsgerichte des Isarkreises. Bei diesem Gerichtshofe sind insbesondere alle Forderungen aus Titeln vor dem 1. Oktober 1811 anzubringen, insofern die Befriedigung dieser Forderungen nach den Gesezen über das Staatsschuldenwesen der Schuldentilgungsanstalt oder der damit verbundenen Pensionsamortisationskasse zur Last fallen würde; nämlich in folgenden Fällen:

α) wenn die Klage aus einem vom Staate zu

5) Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 Tit. VIII §. 5.

6) Nov. v. 17. Jan. 1811 (Moriz I S. 64).

7) Die besondere Schuldentilgungskasse des Untermainkreises ist zwar in ihrer frühern Eigenschaft als selbstständige Schuldentilgungsanstalt aufgelöst und bildet seit dem 1. Okt. 1831 einen Bestandtheil der Hauptschuldentilgungsanstalt des Reichs. Gesez über das Staatsschuldenwesen vom 29. Dec. 1831 §. 2 Absaz I. — Allein durch den 2. Absaz dieses §en sind den auf diese Anstalt hingewiesenen Gläubigern alle ihre Rechte vorbehalten.

Zu diesen Rechten gehört auch der Gerichtsstand bei dem Appellationsgerichte des Untermainkreises. — Forderungen aber, welche nicht schon vor dem 1. Okt. 1831 auf die besondere Schuldentilgungsanstalt des Untermainkreises hingewiesen waren, müssen nun bei dem allgemeinen Forum der Schuldentilgungsanstalt des Reiches angebracht werden.

irgend einer Zeit aufgenommenen Darleihn oder überhaupt aus einer in die Kataster der Staatsschuld eingetragenen Forderung, oder

β) aus einem von der Schuldentilgungskommission selbst eingegangenen Geschäfte oder überhaupt auf dem Grunde einer Handlung oder Verfügung derselben erhoben wird;

γ) wenn sie Rückstände von Zahlungen des laufenden Dienstes irgend einer Art, welche vor dem 1. Oktober 1811 verfallen sind, zum Gegenstande hat;

δ) wenn Pensionen derjenigen Kathegorieen, welche in dem Gesez über das Staatsschuldenwesen vom 22. Juli 1819 Art. IV, in dem vom 11. Sept. 1825 §. 6 und in dem vom 28. Decbr. 1831 §. 5 genau bezeichnet sind, aus dem Zeitraume gefordert werden, mit welchem die Haftung der Staatsschulden-Tilgungsanstalt für dieselben begonnen hat;

ε) wenn überhaupt aus einem Forderungsverhältnisse geklagt ist, hinsichtlich dessen die Schuldentilgungsanstalt durch besonderes Gesez als Schuldnerin erklärt ist [8].

Bei Einklagung von Leistungen, welche nachträglich für die Zeit nach dem 30. Sept. 1811 gefordert wer-

8) Vergl. den Art. III des Gesezes vom 1. Juni 1822, einige Verhältnisse des Staatsschuldenwesens betr. mit den Verordnungen vom 20. August 1811 (Reg. Bl. S. 1063) Nr. I, IV, XV und vom 17. Nov. 1811 (Reg. Bl. S. 1697); — den Verh. der Kammer der Abgeordn. von 1819 Bd. II 410, Bd. XI S. 97—99; Bd. XII S. 430 ff., S. 465, 493; — ferner dem Geseze vom 22. Juli 1819, das Staatsschuldenwesen betr. Art. II; — Verhandl. von 1822 Bd. VIII S. 93, 103; Beil. Bd. IV S. 114, Beil. Bd. VIII S. 145—82; Finanzgesez vom 11. Sept. 1825 Tit. III §§. 1—3; Finanzgesez vom 28. December 1831 §. 12. — S. meine Schrift über das Forum der Schuldentilgungsanstalt. Ansbach bei Dollfuß 1835.

den, und ihrer Beſchaffenheit nach zu den Laſten des laufenden Dienſtes gehören, auch nicht, wie die Penſionsrückſtände von gewiſſen Zeitpunkten an durch beſondere Geſezesvorſchrift an die Kaſſen der Schuldentilgungsanſtalt gewieſen ſind, — iſt die Schuldentilgungsanſtalt, ohne daß es auf die Zeit des Urſprungs ankömmt, keineswegs der rechte Beklagte, daher die Klage nicht bei dem Forum dieſer Zentralbehörde anzubringen. — Dieſe Grundſäze kommen ſowohl bei Forderungen auf Beſoldungs = und Penſionsbezüge — aus Beſtallungsdekreten von einem dem 1. Okt. 1811 vorhergehenden Datum, als auch bei Forderungen auf Entrichtung von ſ. g. Paſſivreichniſſen oder auf Entſchädigung wegen Rechtbeeinträchtigung durch Regierungshandlungen — in Anwendung. (Vgl. übrigens §. 10, II Nr. 1, 4 lit. β und Noten 18, 24; ferner §. 13, II Nr. 7 und Note 36).

c) Bezieht ſich die Forderung auf einen Zweig der Finanzverwaltung, welcher nicht zur Geſchäftsſphäre der Kreisregierungen gehört, ſondern von einer Zentralbehörde, welche ihren Siz in der Hauptſtadt hat, geleitet wird, ſo iſt die Klage bei dem Appellationsgerichte des Iſarkreiſes anzubringen. Dahin gehören Klagen gegen den Militärfiskus [9], gegen die Poſtanſtalt [10], gegen die General-Lottoadminiſtration, gegen die Berg-

9) In Sachen der M. L. gegen den k. Militärfiskus iſt der zwiſchen den Appellationsgerichten des Oberdonau- und Iſarkreiſes entſtandene Kompetenz-Konflikt durch allerhöchſtes Reſcript vom 14. Dec. 1819 dahin entſchieden worden, daß das k. App. Ger. des Iſarkreiſes aus dem Grunde kompetent ſey, weil das k. Militärfiskalat als mit dem Oberadminiſtrativ-Collegium der Armee verbunden in dem Bezirke des erwähnten Appellationsgerichts ſeinen Siz habe. — Vergl. Oberappellationsger. Erk. vom 29. Dec. 1821 in Sachen E. wider Militärfiskus, wegen Penſionsforderung.

10) Verordnung vom 26. Juni 1818 (Allg. Int. Blatt von 1818 S. 725).

und Salinendirektion, ferner diejenigen, welche aus Verhältnissen zu den Zoll- und Mauthbehörden z. B. durch Verlust der Beschädigung von Frachtstücken, durch Einleitung von Untersuchungen ohne gesezlichen Grund entstanden sind.

In Ansehung der Klagen gegen den Zollfiskus hat das Oberappellationsgericht noch in neuester Zeit (Erkenntniß vom 3. Okt. 1835, eine Entschädigung aus einer Zolldefraudationsverhandlung betreffend) abweichend entschieden, nämlich das Appellationsgericht des Kreises, in welchem die der Klage zu Grunde liegende Defraudationsverhandlung vorgekommen war, für zuständig erklärt. Allein

α) die Verwaltung der Zollgefälle und die Anwendung der Zollgeseze ist gerade so wie die Verwaltung der Postgefälle, wie das Staatsschuldenwesen und die Militär-Administration von dem Wirkungskreise der Kreisregierungen ausgeschieden und der Leitung einer eigenen Zentralbehörde, der Oberzolldirektion, welche ihren Siz zu München hat, unterstellt. —

β) Die Kreisfiskalate haben das Staatsärar nur in denjenigen Civilprozessen zu vertreten, deren Gegenstand, so lange er unstreitig, zur Verwaltungssphäre der betreffenden Kreisregierung gehört. Dies folgt von selbst aus den Bestimmungen der Verordnung vom 27. November 1825 über die Aufhebung des Generalfiskalats, nach welchen die Kreisfiskale sowohl beim Beginne der Prozesse als auch — unter gewissen Voraussezungen — im Laufe derselben die Genehmigung der Kreisregierung (Kammer der Finanzen) einzuholen haben. Die Kreisregierungen können natürlich nur über solche Gegenstände berathen, welche zu ihrer Verwaltungssphäre gehören. Zur Sphäre der Finanzkammern in den Kreisen gehört aber, wie bemerkt, weder die Erhebung und Verwaltung der Zollgefälle, noch die Anwendung der Zollgeseze, noch die Aufsicht über das

Zollpersonale. Nicht bei der Kreisregierung wird die Sache vorher im Administrativwege behandelt, bei ihr sind keine Akten darüber erwachsen. —

γ) Die einzige Ausnahme von der eben aufgestellten Regel betrifft diejenigen Prozesse der Schuldentilgungsanstalt, welche bei einem andern Appellationsgerichte als dem des Isarkreises anhängig sind, insbesondere die Aktivprozesse derselben. Diese sollen von den Kreisfiskalaten geführt werden, jedoch in der Art, daß sich die Kreisregierung vor der Ertheilung der in §. 4 der angeführten Verordnung bezeichneten Genehmigungen und Ermächtigungen mit der Schuldentilgungskommission in das geeignete Benehmen zu sezen hat (§. 6 derselben Verordnung). — Wäre es nun in der Absicht des Gesezgebers gelegen, auch die Führung derjenigen Civilprozesse, welche aus Handlungen oder Unterlassungen der Zollbehörden entspringen, den Kreisfiskalaten zuzuweisen, so würde zuverlässig für solche Fälle ein geeignetes Benehmen mit der Oberzolldirektion angeordnet worden seyn.

δ) Sowohl in dem in Note 9 angeführten königl. Rescripte vom 14. Decbr. 1819 als bei den Verhandlungen in der Kammer der Abgeordneten über das Gesez vom 1. Juni 1822, einige Verhältnisse der Staatsschuld betreffend (Bd. VIII S. 103 ff. S. 113) — wurde es als allgemeiner Grundsaz anerkannt, daß das Appellationsgericht des Isarkreises das zuständige Forum sey, wenn Klagen gegen das Staatsärar in Bezug auf Verwaltungszweige erhoben werden, welche dem Wirkungskreise der Kreisregierungen entrückt unter der Leitung besonderer in der Hauptstadt München ihren Siz habenden Zentralstellen stehen.

ε) Hiergegen läßt sich daraus, daß bei Uebertretungen der Zollgeseze, welche in die Kathegorie der Verbrechen und Vergehen passen, von den Kreisfiskalen sowohl die vorläufigen Erinnerungen abzugeben

als etwaige Rechtsmittel zu ergreifen sind, — offenbar keine Folgerung ziehen.

Die Funktion der Kreisfiskalate, zufolge welcher sie bei gewissen Straffällen das besondere Interesse des Staates zu wahren haben, ist mit ihrer Aufgabe, das Staatsärar in Civilprozessen zu vertreten, nur zufällig verbunden; eine Kausalverbindung, in welcher allein die Basis der Schlußfolgerung liegen könnte, findet nicht statt. — Man kann nicht sagen, daß das Kreisfiskalat in den gedachten Zollstraffällen die Rolle des Klägers spiele; denn das Gesez vom 1. Juli 1834, die Verlezungen des Zollgesezes betreffend bestimmt im §. 16 ausdrücklich:

> „das gerichtliche Verfahren bei Untersuchung der Zollstraffälle wird von Amtswegen im Untersuchungswege geführt.“

Die Beziehung auf den Saz: „Wer ein bestimmtes Rechtssubjekt als Kläger zu vertreten hat, muß dasselbe auch als Beklagter zu vertreten haben“ — paßt daher nicht; dieser Saz ist aber auch nicht richtig, indem hier alles auf die positive Begränzung des fraglichen Amtes ankömmt, und z. B. die Kreisfiskale zwar Aktivprozesse der Schuldentilgungsanstalt, aber nicht deren Passivprozesse zu führen haben. — Ohnehin machen die Zollstraffälle, welche in die Kathegorie der Verbrechen und Vergehen fallen, nur einen äusserst kleinen Theil aus; in allen übrigen ist es Sache der Zollbehörden, Erinnerungen abzugeben und Rechtsmittel zu ergreifen.

Dem Allen zufolge sind die aus Handlungen, Verfügungen oder Unterlassungen der Zollbehörden gegen den Fiskus zu erhebenden Klagen, gegen die Oberzolldirektion zu richten, und bei dem Forum derselben, dem Appellationsgerichte des Isarkreises, anzubringen. —

Bei demselben Gerichtshofe sind

d) die Kabinetskasse und die Hofstäbe [11]) zu belangen. —

Im übrigen ist

e) die Klage bei dem Appellationsgerichte desjenigen Kreises anzubringen, von dessen Regierung die Sache vorher im Verwaltungswege beschäftigt und die Entschließung, welche den Prozeß veranlaßte, erlassen oder mitgetheilt wurde [12]). Wenn jedoch

11) Fiscus bezeichnete ursprünglich blos die Kasse des Fürsten, im Gegensaz des Staatskasse (aerarium); Tacitus Annal. VI cap. 2 „et bona Sejani ablata aerario, ut in fiscum cogerentur;“ später beides, Kabinetskasse und Staatskasse zusammen §. ult. J. de usur. (2, 6); const. 3 pr. de quadr. praesc. (7, 37). Zimmern Rechtsgeschichte Bd. II S. 479—80. — Daß der Landesherr selbst auch nach dem ältern bayerischen Staatsrechte aus Privatrechtsverhältnissen bei den höhern Landesgerichten belangt werden konnte, unterliegt keinem Zweifel. S. Kreittmayr Anmerk. zum Kap. I §. 12 lit. l. Hofr. Ordn. von 1779 Art. III §. 5. Vergl. v. Schelhaß Magazin I S. 140 ff. Unter dem königlichen Fiskus, von welchem die Verf. Urk. Tit. VIII §. 5 spricht, ist daher auch die Civilliste, theils durch die Hofstäbe, theils durch durch die Kabinetskasse repräsentirt, zu verstehen.

12) Ein diesen Rechtssaz anwendendes Urtheil des App. Ger. für den Untermainkreis vom 8. Januar 1821 in Sachen Mosthaff wider Fiskus gründet sich auf folgende Erwägungen: a) Nach einem allerhöchsten Rescripte vom 14. Dec. 1819 kann der Militärfiskus aus dem Grunde, weil der Siz des Armee-Administrativ-Kollegiums in München, nur bei dem App. Ger. für den Isarkreis belangt werden. b) Eine gleiche Bestimmung ist in der Verordnung vom 26. Juni 1818 hinsichtlich der im Isarkreise ihren Siz habenden Generaladministration der Posten enthalten. c) Diese rücksichtlich der zentralisirten Unterstellen ausgesprochenen Grundsäze müssen wegen Gleichheit des Grundes auch auf die nicht zentralisirten, also auch auf die in den einzelnen Krei-

f) für die in Frage befindliche Forderung, abgesehen von dem privilegium fori, der Gerichtsstand des Vertrages durch ausdrückliche Zusicherung der Erfüllung in einem andern Kreise begründet wäre, so kann gegen die lit. b bis e bezeichneten Kassen und Behörden auch bei dem Appellationsgerichte desjenigen Kreises geklagt werden, in welchem, der vertragsmäßigen Zusicherung zufolge, die Erfüllung geschehen soll [13].

Ebenso muß in Fällen, für welche der Gerichtsstand der gelegenen Sache bestimmt ist, bei dem Appellationsgerichte desjenigen Kreises geklagt werden, in welchem die Sache, auf welche sich der Streit bezieht, gelegen ist; sollte auch die vorliegende Entschließung von der Regierung eines andern Kreises oder einer Zentralstelle ausgegangen seyn [14].

3) Die

sen ihren Siz habenden Regierungen angewendet werden; sohin kann d) wenn gegen eine von einer Kreisregierung ergangene Verfügung der Rechtsweg ergriffen werden will, solches gleichfalls nur bei demjenigen Appellationsgerichte geschehen, in dessen Gerichtsbezirk die zu belangende Regierung ihren Siz hat u. s. w.

13) Dieß ist nur eine Folge des oben §. 6 Nr. 9 vorgetragenen Sazes. — Für diejenigen Forderungen aber, welche durch das Staatsschuldengesez vom 1. Juni 1822 an das App. Ger. für den Isarkreis zur Einklagung gewiesen worden, besteht dieses Wahlrecht nicht; indem der Vorbehalt des forum contractus, wäre er in der Absicht des Gesezgebers gelegen gewesen, ausdrücklich hätte beigefügt werden müssen.

14) Ein solcher Fall kann vorkommen, wenn die Geltendmachung von Rechten auf Waldungen in Frage ist, welche in dem einem Kreise gelegen ist, aber einem unter der Respicienz einer andern Kreisregierung stehenden Forstamte zugetheilt sind. — Unter dem 11. Sept. 1819 ist in einer ein Realrecht betreffenden, gegen den Militärfiskus gerichteten Klagsache von dem k. Oberapp. Ger. das App. Ger. für den Oberdonaukreis, als forum rei sitae, für kompetent erklärt worden.

3) Die Standesherrn haben für ihre Personen und ihre Familien [15]), in allen sie betreffenden Real- und Personalklagen den Gerichtsstand in erster Instanz bei dem einschlägigen Appellationsgericht, in zweiter und lezter Instanz bei dem königlichen Oberappellationsgericht [16]). Dasselbe Vorzugsrecht steht den erblichen Reichsräthen zu [17]), der Familie derselben aber nicht weiter, als der accessorische Gerichtsstand (§. 14) gilt [18]).

Den Standesherrn ist der Herzog von Leuchtenberg, auch hinsichtlich der Familie gleichgestellt [19]).

4) Die übrigen Adeligen genießen einen von der Gerichtsbarkeit der Landgerichte befreiten Gerichtsstand vor den Kreis- und Stadtgerichten des Kreises, in welchem sie wohnen oder begütert sind [20]). Dieses Vorzugsrecht theilen (in Personalsachen)

5) die wirklichen Kollegialräthe, so wie die mit diesen in gleicher Kathegorie stehenden höhern Beamten [21]); nicht minder

15) Unter Familie sind hier alle Glieder des standesherrlichen Hauses zu verstehen.

16) Beil. IV zur Verf. Urk. §. 6.

17) Beil. V zur Verf. Urk. §. 11; nicht den beiden Erzbischöfen.

S. v. Zu Rhein und Sartorius Rechtsfälle Bd. II S. 355.

18) Privilegien sind bei der Anwendung nicht über den Umfang des strengen Wortsinnes auszudehnen.

19) S. Moritz Novellensammlung II S. 16—17.

20) Beil. V zur Verf. Urk. §. 11. — S. §. seq. 12. Nr. 3. Dem ehemals reichsunmittelbaren Adel steht ein befreiter Gerichtsstand bei den Appellationsgerichten nicht zu. Ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 8. Nov. 1819, welches diesen Saz anwendete, ist mit den Gründen in der Nov. Samml. von Moritz IV S. 23 abgedruckt.

21) Verf. Urk. Tit. V §. 5. Dahin gehören die ordentlichen Universitätsprofessoren und alle diejenigen, denen nicht blos

6) die Geistlichen [22]; ferner

7) alle aktiven, pensionirten oder a la Suite angestellten Officiere, so wie alle im Officierrang stehenden Militärbeamten [23].

Zur Verwirklichung dieses Vorrechtes haben die früher für die größern Städte und deren Bezirke als erste Instanz bestellten Kollegialgerichte, auch die Eigenschaft und Kompetenz als Kreisgerichte, d. h. als privilegirte erste Instanz in dem durch die Verordnung vom 29. Sept. 1818 [24]) jedem derselben als Gerichtssprengel zugewiesenen Kreisbezirke erhalten.

Ein bevorzugter Gerichtsstand steht

8) den Hofdienern, als solchen nicht zu.

Auch ist

9) der Gerichtsstand, welcher den oben §. 3 Nr. 3 lit. b bezeichneten Untergerichtsbeamten bei dem Kreis- und Stadtgerichte der Kreishauptstadt zusteht, kein befreiter, sondern vielmehr ein eigenthümliches Forum do-

der Titel, sondern auch der Rang eines Kollegialraths verliehen ist; auch die App. Ger. Assessoren, welche Wechsel-App. Ger. Räthe sind.

Die standesherrlichen Justiz- und Polizeiräthe und Beamten stehen mit den königl. Staatsdienern in den nämlichen Dienstverhältnissen; sie haben demnach mit denselben gleichen Gerichtsstand, und zwar im standesherrlichen Gerichtsbezirke, wenn daselbst eine für die Privilegirten geeignete Gerichtsstelle besteht. — Beil. IV zur Verf. Urk. §. 64.

22) Verf. Urk. a. a. O. Abs. 2.

23) Gesez vom 15. August 1828. Die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betr.; — nämlich bei demjenigen Kreis- und Stadtgerichte, in dessen Bezirk sie in Garnison liegen, oder, insofern sie zur aktiven Armee nicht gehören, in dem Bezirke, wo sie wohnen; wenn ihnen nicht aus einem besondern Rechtstitel ein Gerichtsstand vor einem Appellationsgerichte zusteht.

24) Allgem. Int. Bl. von 1818 S. 1132 ff.

micilii (S. unten §. 12 Not. 8), daher dasselbe auch durch den befreiten Gerichtsstand, den etwa ein Landrichter in seiner Eigenschaft als Adeliger genießt, ausgeschlossen wird.

II.

Besondere Exemtionen finden statt,

1) hinsichtlich der Gesandten, welche von fremden Regierungen bei der vaterländischen akkreditirt sind. Diese sind nach völkerrechtlichen Grundsäzen die Gerichtsbarkeit des Staates, an welchen sie abgesandt, weder für sich, noch für ihre Familien und ihr Gefolge anzuerkennen verbunden [25]. Diese Exemtion erstreckt sich jedoch nicht auf Realsachen, welche Immobilien betreffen; auch mögen bewegliche Sachen, welche der Gesandte nicht sowohl zu seinem und seiner Familie eigenen Gebrauch, sondern, um Gewerb und Handlung damit zu treiben, besizt, für befreit nicht erachtet, vielmehr wegen Forderungen, insbesondere von Angehörigen des Staates, an welchen er akkreditirt ist, allerdings mit Arrest beschlagen werden [26].

Eine zeitliche Ausnahme besteht [27])

2) ferner für Militärpersonen, wenn die Armee ins Feld gerückt ist. Es haben nämlich die bei derselben befindlichen Auditore mit Zuziehung eines Aktuars auf die Dauer des Kriegszustandes die gesammte bürgerliche Gerichtsbarkeit in Personalsachen bei jedem Regimente auszuüben.

Zur Behandlung derselben Rechtssachen der ein selbstständiges Kommando führenden Stabs- und der sämmtlichen Generalofficiere wird der im Hauptquartiere befind-

25) Linde im Lehrbuch §. 97. Vergl. Martin Rechtsgutachten I S. 283.

26) Kreittmayr in den Anm. zum §. 11 lit. i.

27) Gesez vom 15. Aug. 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betr. §. 9.

liche Stabsauditor, oder der dessen Stelle vertretende Auditor, mit einem Actuar verwendet, — vorbehaltlich des Instanzenzuges an die einschlägigen königlichen Civilgerichte zweiter Instanz.

Die in den vorbemerkten Fällen von den Auditoren und Stabsauditoren verhandelten Akten, desgleichen die bei denselben anhängigen noch unerledigten Sachen sind, wenn die Truppenabtheilungen wieder in ihre Friedensgarnisonen eingerückt sind, den treffenden ordentlichen Gerichten, die erstern zur Reponirung, die andern zur weitern Behandlung und Erledigung ungesäumt einzuhändigen.

Für den Fall, wenn ausser Kriegszeiten die Armee ganz oder zum Theile auf kürzere oder längere Zeit zusammengezogen wird, oder sonst ausserordentliche Verhältnisse weitere Vorsorge erforderlich machen sollten, ist dem König vorbehalten, die Gerichtsbarkeitsverhältnisse auf gleiche Weise, wie für Kriegszeiten bestimmt ist, besonders zu ordnen [28].

Noch ist

3) zu bemerken, daß der Fürst von Thurn und Taris durch seine Gerichte die Gerichtsbarkeit über seine sämmtliche Dienerschaft und deren Hausgenossen ausübt [29]. — Endlich ist

4) hier zu erwähnen, daß Klagen der Gutsherrn, welche nur ein Patrimonialgericht erster Klasse haben, — im Falle dieselben nicht liquide Forderungen an ihre Grundholden betreffen, nicht bei dem Patrimonialgerichte, welches ausserdem der ordentliche Richter des Beklagten ist, sondern bei demjenigen Landgerichte anzubringen sind, zu dessen Polizeibezirke der Wohnort des Beklagten gehört [30].

28) Das in der vor. Note angef. Gesez §. 11.

29) Rescr. vom 27. März 1812 (Reg. Bl. S. 841).

30) §. 120 der VI. Beil. zur Verf. Urk. „Nicht liquide Forde-

§. 12.

Fälle, worin das forum privilegiatum eximirter Personen nicht statt hat.

1) Die Gerichtsordnung bestimmt in diesem §en unter nr. 3, daß der befreite Gerichtsstand in bloßen Realsachen nicht statt habe. — Es steht jedoch

a) den Standesherrn für ihre Person und ihre Familien, nicht minder den erblichen Reichsräthen der privilegirte Gerichtsstand bei den kön. Appellationsgerichten auch in Realklagen zu [1]; den lezteren mit derselben Beschränkung, unter welcher

b) den übrigen Adeligen der von dem landgerichtlichen befreite Gerichtsstand bei den kön. Kreis- und Stadtgerichten in Realsachen zusteht, nämlich wegen der Gutskomplexe, worauf ihnen die gutsherrliche Gerichtsbarkeit zusteht, und wegen der einzelnen Bestandtheile dieser Gutskomplexe [2].

c) Der königliche Fiskus kann auch in Realsachen nur bei den kön. Appellationsgerichten belangt werden. Denn

α) die erklärte Landesfreiheit, auf welche sich die Gerichtsordnung Kap. I. §. 12 nr. 11 bezieht, bestimmte im Art. 10 Th. I, daß alle landesherrlichen Sachen, ohne Ausnahme, wenn der Landesherr Beklagter ist, vor das Obergericht gehören [3].

β) Die Novelle vom 17. Jänner 1811 bezeichnet diejenigen Fälle, in welchen der königliche Fiskus auch vor den Untergerichten Recht zu nehmen habe [4].

„rungen, d. h. welche weder hergebracht noch erwiesen sind, „und von den Grundholden widersprochen und verweigert „werden."

1) Beil. IV zur Verf. Urk. §. 6, Beil. V §. 11. — S. oben §. 11, I nr. 3.

2) Beil. V zur Verf. Urk. §. 11.

3) Kreittmayr zum Kap. I §. 12 nr. 11 (lit. l).

4) S. oben §. 11, I nr. 2 lit. a.

Unter dieſen Fällen iſt aber der, wenn eine Realklage gegen ihn angeſtellt wird, nicht begriffen.

γ) Die Verfaſſungsurkunde vom 26. Mai 1828 beſtimmt im Tit. VIII §. 5: Der königliche Fiskus wird in allen ſtreitigen Privatrechts=Verhältniſſen bei den kön. Gerichtshöfen Recht nehmen. Unter dem Ausdruck „Gerichtshof" können aber die Untergerichte nicht begriffen werden [5].

2) Der befreite Gerichtsſtand hat nicht ſtatt: „in causis connexis, zumal, wenn ſich die Sachen nicht wohl trennen laſſen." — Inwiefern eine Trennung Plaz greifen könne, iſt oben zum §. 10 erörtert worden. — Als Litisdenunciaten, Intervenienten, Adcitaten können ſich die befreiten Perſonen ihres Vorrechts nicht bedienen [6].

3) Von Ausländern haben in Bayern nur die Glieder der (in Deutſchland) regierenden, ſtandesherrlichen und ehemals reichsadeligen Familien Anſpruch auf einen befreiten Gerichtsſtand, und zwar leztere bei den Kreis= und Stadtgerichten, die beiden erſten bei den Appellationsgerichten [7].

Was die Gerichtsordnung von Perſonen ſpricht, welche ſich des Hofſchuzes zu erfreuen haben, kann keine Anwendung mehr finden.

4) Der bevorzugte Gerichtsſtand der Kollegialräthe und andern höhern Staatsdiener geht nicht durch Quiescirung und Penſionirung [8], wohl aber in Folge der

5) Vgl. Oberapp. Ger. Erk. v. 10. Auguſt 1821 nr. 158 1818.

6) Kreittmayr a. a. O. lit. d.

7) Deutſche Bundesakte Art. XIV. Hier iſt zwar der Glieder der regierenden Familien nicht gedacht. Aber es iſt offenbar unzuläſſig, denſelben ein Vorrecht abzuſprechen, welches den ſtandesherrlichen Familien ausdrücklich eingeräumt iſt.

8) Das eigenthümliche forum domicilii der oben §. 3 nr. 3 lit. b bezeichneten Staatsbeamten hört mit der Quiescirung

Dienstentsezung oder Dienstentlassung verloren; auch durch Degradation, wenn dadurch der Beamte in eine unter der Kathegorie der Kollegialräthe stehende Diensteskasse versezt wird [9].

5) Die in der Gerichtsordnung nr. 8 aufgeführte Bestimmung gehört nicht hieher, sondern unter die Vorschriften über die Ausscheidung der Justiz- von Regierungs- und Kameralsachen.

6) Die unter nr. 7 und 9 ersichtlichen Bestimmungen ermangeln heutzutage der Anwendbarkeit. — Da selbst das stehende Heer in bürgerlichen Rechtssachen unter den bürgerlichen Gerichten steht, so bedarf es der Erwähnung nicht, daß keine Besonderheit des Gerichtsstandes für die in die Reserve-Bataillons Eingereihten und für die Landwehrmänner [10] besteht.

Die Gesezstelle unter nr. 9 bezieht sich auf die von Kreittmayr in den Anmerk. zum §. 11 lit. d und e aufgeführten Mannigfaltigkeiten der Gerichtsbarkeiten und des Gerichtsstandes, welche dem praktischen Rechte durchaus fremd sind.

7) An die Stelle der in nr. 10 erwähnten erklärten Landesfreiheit ist nun die Verfassungsurkunde getreten, welche in Tit. IV §. 9 Absaz 6 bestimmt: „Die Kirchen und Geistlichen sind in ihren bürgerlichen Handlun-

oder Pensionirung auf. Dasselbe ist kein forum privilegiatum, sondern die darin liegende Ausnahme vom gemeinen forum domicilii beruht nur darauf, daß die fraglichen Personen bei denjenigen Gerichten, welchen sie selbst angehören, zufolge der Einrichtung und Besezung derselben füglich nicht belangt werden können. — Sobald sie also nicht mehr in Dienstesaktivität sind, hört diese Rücksicht und auch deren Folge auf.

9) Vergl. Th. I Art. 22 des Str. Ges. B. mit § 9 der IXten Beil. zur Verf. Urk.

10) S. Verf. Urk. Tit. IX §§. 2—5.

gen und Beziehungen — wie auch in Ansehung des ihnen zustehenden Vermögens — den Gesezen des Staats und den weltlichen Gerichten unterworfen [11]."

8) Es unterliegt keinem Bedenken, wenn der Bevorzugte auf den befreiten Gerichtsstand verzichten will. Eine solche Verzichtleistung ist anzunehmen, wenn er bei dem gemeinen Gerichtsstande belangt, sich hier ohne Verwahrung einläßt; d. h. auf die Klage eine Erklärung abgiebt, ohne in solcher die Inkompetenz des Gerichtes wegen des zustehenden Gerichtsstands-Privilegiums zu behaupten.

§. 13.

Sachen, welche von dem ordentlichen Gerichtszwang ausgenommen sind.

I.

In diesem Sen sind drei verschiedene Gegenstände zusammengefaßt, beziehungsweise mit einander vermischt; nämlich

A) die Bezeichnung derjenigen Civilprozeßsachen, für welche besondere Gerichte aufgestellt sind, oder doch ein bevorzugter Gerichtsstand (forum exemtum) bestimmt ist.

B) Die Bezeichnung der Civilprozeßsachen, deren Verhandlung und Entscheidung den Gerichten entzogen, und andern Behörden zugewiesen ist [1].

C) Die Grenzbestimmung zwischen den Civilprozeßsachen und den Gegenständen andrer Zweige der Staatsverwaltung, insbesondere den Regierungs-, Polizei-, Finanz-, Militär- und geistlichen Sachen. —

11) Vergl. Beil. II zur Verf. Urk. §. 38 lit. h, §. 64. — S. unten §. 13 nr. 1.

1) Diese gehören zu den s. g. administrativ-kontentiösen Sachen; s. unten III.

In vorliegendem Kommentar werden die verschiedenen Bestandtheile ausgeschieden, und jedem derselben ein eigner Abschnitt gewidmet werden.

II.

A. Civilprozeßsachen, für welche besondre Gerichte aufgestellt oder doch ein bevorzugter Gerichtsstand (forum exemtum) bestimmt ist.

Besonderen Gerichten zugewiesen sind

1) von den s. g. geistlichen [2]) Civilprozeßsachen nur die Ehestreitigkeiten, d. h. die Civilprozesse über die Gültigkeit, und über die Trennung eingegangener Ehen [3]). —

2) Unter den geistlichen Sachen im weitesten Sinne wurden von der ältern Doktrin und Gesezgebung nicht nur alle Civilprozeßsachen begriffen, bei welchem der Beklagter ein Geistlicher war, oder welche die Güter der Kirche oder frommer Stiftungen zum Gegenstande hatten, oder sich in andrer Hinsicht auf Religion und Kirche bezogen; sondern auch alle Verwaltungssachen, bei welchen es sich von Ausübung der Kirchengewalt und dem Verhältnisse der Staatsgewalt zu derselben handelte. S. Brendel Handbuch des Kirchenrechts ed. II S. 668 ff. Vergl. Beil. II zur Verf. Urk., und die Anhänge I und II. — Hier kann natürlich nur von den geistlichen Civilprozeßsachen gesprochen werden.

3) Die Verordnung vom 28. Juli 1818 spricht aus, es stehe grundgesezlich fest: „Daß Ehestreitigkeiten, insoferne es auf Schließung, Erhaltung oder Trennung der Ehe ankömmt, wenn beide Theile der katholischen Religion zugethan sind, nur allein bei den katholischen geistlichen Gerichten angebracht werden könne“ und bestimmt hierauf, daß die Frage: „ob ein geschiedner Ehegatte nach den Grundsäzen seiner Religion von der erfolgten Trennung der vorigen Ehe zur Vollziehung einer andern Gebrauch machen könne und dürfe, nur von der Entscheidung der zuständigen geistlichen Behörde abhänge.“ — Allein eine Verhandlung darüber, ob ein Ehehinderniß vorhanden, oder ob Dispen-

Diese gehören bei den Katholiken an die bischöflichen und erzbischöflichen Konsistorien [4]), bei den Protestanten vor die Appellationsgerichte des Rezat- und des Obermainkreises, in zweiter Instanz an das Oberappellationsgericht [5]). Hierbei ist zu bemerken:

a) Das Ehegericht ist nicht blos in Ansehung der Präjudicialfrage, das Eheband betreffend, zuständig, sondern ihm gebührt auch der Ausspruch darüber, ob der

sation zulässig und zu ertheilen sey? — bildet keine Civilprozeßsache. — Die eigentlichen Prozesse über Schließung einer künftigen Ehe gehören vor die weltlichen Gerichte s. unten lit. c und Note 8. — Dies gilt insbesondere von den Streiten über Supplirung des elterlichen Konsenses Verordnung vom 22. April 1811 (Reg. Bl. S. 817).

4) Die erzbischöflichen Konsistorien (Metropolitica) sind zugleich Ehegerichte zweiter Instanz, an welche von den Entscheidungen der bischöflichen appellirt werden kann. Hat das eine erzbischöfliche Konsistorium die Sache in erster Instanz verhandelt, so bildet das andre für diese Sache die zweite Instanz. Vgl. das Konkordat vom 5. Juli 1817 Art. XII, c; Verordn. vom 7. Mai 1826, die Geschäftsabtheilung bei den erzbischöflichen und bischöflichen Stellen betreffend (Reg. Bl. 1826 S. 489). — Ueber die dritte Instanz s. Brendel a. a. O. S. 655 ff.

5) Verordn. vom 12. Dec. 1822 (Reg. Bl. 1822 S. 1313 ff.). Die Kompetenz des App. Ger. zu Ansbach erstreckt sich auf alle im Bezirke des Konsistoriums zu Ansbach und in München, jene des Appellationsgerichts für den Obermainkreis auf alle im Bezirke des Konsistoriums zu Baireuth vorkommenden protestantischen Ehestreitigkeiten. — Bei den ausser dem Rezat- und Obermainkreis wohnenden Protestanten ist das Appellationsgericht des Wohnorts zur Verhandlung und Entscheidung in dem Falle kompetent, wenn beide Theile durch eine ausdrückliche Uebereinkunft diese Instruktion und Entscheidung von dem erwähnten App. Ger. verlangen. Art. II und IV der angef. Verordn. — Ueber die Bildung der Ehegerichtssenate bei den betreffenden Appellationsgerichten und dem Oberappellationsgerichte s. unten Kap. II §. 1.

eine Theil für den allein schuldigen zu erklären, ob dem einen oder andern die Wiederverehlichung, vorbehaltlich königlicher Dispensation, zu untersagen, ferner ob und in welchem Grade die Ehescheidungsstrafen verwirkt seyen. Im Uebrigen gehört die Verhandlung und Entscheidung über die civilrechtlichen Folgen der Scheidung oder Auflösung hinsichtlich der Vermögensverhältnisse, der Erziehung der Kinder u. s. w. — an den gemeinen Gerichtsstand der Eheleute [6].

b) In Ehesachen unter Personen, welche verschiedener Religion zugethan sind, richtet sich der Gerichtsstand nach der Person des Beklagten. — Wenn nun die Klage bei der katholischen geistlichen Behörde angebracht und von derselben auf Scheidung von Tisch und Bett erkannt wurde, so steht dem protestantischen Ehegerichte frei, in Ansehung des protestantischen Ehetheils, wenn dieser die Auflösung der Ehe nachsuchen würde, auf dessen Beschwerde zu beschließen, was dem protestantischen Eherechte gemäß ist. — Tritt aber der Fall ein, daß von dem protestantischen Ehegerichte auf die Auflösung der Ehe erkannt würde, so soll dieses Erkenntniß der katholischen geistlichen Behörde vorgelegt werden, welcher vorbehalten bleibt, in Ansehung des katholischen Theils dasjenige auszusprechen, was dem katholischen Eherechte gemäß ist [7].

c) Die Klagen auf Vollzug eines Eheversprechens (Verlöbniß, Sponsalien), oder auf Entschädigung wegen Nichterfüllung eines solchen Versprechens, gehören nicht vor das Ehegericht, sondern an den gemeinen Gerichtsstand des Beklagten [8]. Dasselbe gilt

6) Verordnung vom 28. Juli 1818 (Gesezblatt S. 474) Art. I. Brendel a. a. O. S. 657. Dahin gehört insbesondre die Auseinandersezung, welche zum Vollzuge des ehegerichtlichen Ausspruchs über die Scheidungsstrafen zu geschehen hat.

7) Verordnung vom 28. Juli 1818 Art. II, III.

8) Verordnung vom 2. Mai 1806 (Reg. Bl. S. 175), vom

d) von andern s. g. geistlichen Civilprozeßsachen z. B. über das Patronat, über die Kirchenbaulast [9]), über Kirchengüter und Einkünfte, insbesondre den geistlichen Zehent, u. s. w. [10]). — Eben so wenig giebt es

e) ein eximirtes Forum für Ehestreitigkeiten der Juden [11]), und andrer christlichen Religionsgenossen, welche weder Katholiken noch Protestanten sind [12]).

f) In den vormals großherzoglich würzburgischen, sodann den vormals fuldaischen und großherzoglich hessischen Bestandtheilen des Untermainkreises, ist die Supplirung des elterlichen oder vormundschaftlichen Konsenses zur Verehlichung der Kinder und Mündel zufolge der Verordnung vom 2. Mai 1804 [13]) bei dem an die Stelle des ehemaligen Hofgerichts getretenen Appellationsgerichte nachzusuchen.

Ein eigenthümlicher Gerichtsstand besteht

2) für Wechselsachen, und zwar

a) für den Isarkreis bei dem Wechsel- und Merkantilgerichte zu München in erster [14]), und bei

12. Apr. und 19. Juni 1807 (Reg. Bl. S. 711, 1082); Novellensammlung I S. 68, 69.

9) S. jedoch unten Abth. IV nr. 5.

10) S. unten Abth. IV nr. 9.

11) Ministerialrescripte vom 20. und 31. März 1821.

12) Die griechischen Glaubensgenossen sind zwar durch das Gesez vom 1. Juli 1834 den im Königreich bereits verfassungsmäßig bestehenden drei christlichen Kirchengesellschaften in Ansehung der bürgerlichen und politischen Rechte gleichgestellt. Aber es fehlt an der Behörde, welche als „griechisches Ehegericht" gelten könnte.

13) Moriz Novellen Bd. II S. 35—6.

14) Vergl. die Verordn. vom 30. Mai 1811 (Reg. Bl. S. 733), und vom 24. Nov. 1812 (Reg. Bl. S. 1993) mit den Verordnungen vom 10. Jänner 1817 (Moriz Handbuch der

dem Wechsel- und Merkantil-Appellationsgerichte, dermal zu Landshut, in zweiter Instanz [15]);

b) für den Unterdonaukreis bei den Wechsel- und Merkantilgerichten zu Straubing und Passau, in erster, und bei dem Wechsel- und Merkantil-Appellationsgericht des Isarkreises in zweiter Instanz [16]);

c) für den Regenkreis bei dem Wechsel- und Merkantilgericht zu Regensburg in erster, und dem Wechsel- und Merkantil-Appellationsgericht des Isarkreises in zweiter Instanz [17]);

d) für den Oberdonaukreis, und zwar

α) in erster Instanz

a) für die Stadt Augsburg bei dem dortigen Wechselgerichte [18]);

b) für die sämmtlichen übrigen Bestandtheile des Kreises bei dem Wechselgerichte zu Memmingen [19]);

β) in zweiter Instanz — für den ganzen Kreis bei dem Wechsel-Appellationsgerichte zu Augsburg [20]);

Wechsel- und Merkantilgeseze S. 16, 17) und vom 6. und 28. Nov. 1825 (Reg. Bl. S. 849, 961). S. auch Moriz a. a. O. S. 9 ff.

15) Verordnung vom 27. Juni 1801 (Moriz a. a. O. S. 11—12).

16) Verordn. vom 28. Nov. 1825 (Reg. Bl. S. 961). Moriz a. a. O. S. 155 ff. — Befinden sich in einem Kreise mehrere (nicht blos auf einen Stadtbezirk beschränkte) Wechselgerichte I. Instanz, so erstreckt sich die Zuständigkeit eines Jeden auf den Bezirk, welcher dem dortigen Kreis- und Stadtgerichte als befreitem Gerichtsstand zugewiesen ist.

17) Verordn. vom 6. Nov. 1825 (Reg. Bl. S. 849. — Moriz a. a. O. S. 151 ff.).

18) Verordnung vom 26. Jänner 1807 (Reg. Bl. S. 219. — Moriz a. a. O. S. 32).

19) Verordn. vom 26. Okt. 1825 (Reg. Bl. S. 792. Moriz a. a. O. S. 22).

20) Verordn. vom 26. Okt. 1825 §. 7. — Vergl. die Verord-

e) für den Rezatkreis, und zwar

α) für die Stadt Nürnberg bei den dortigen Handelsgerichten erster und zweiter Instanz [21]);

β) für diejenigen Bestandtheile des Kreises, für welche das preußische Recht nicht gilt, das Wechselgericht zu Ansbach in erster, und das dortige Wechsel-Appellationsgericht in zweiter Instanz [22]).

In denjenigen Bestandtheilen des Kreises, die zu den ehemaligen Fürstenthümern Ansbach und Baireuth gehörten und jezt noch der preußischen Civilgesezgebung unterworfen sind, gilt für Wechselsachen kein Ausnahms-Gerichtsstand [23]). Gerade so verhält es sich

f) mit den Bestandtheilen des Obermainkreises, welche früher zum preußischen Staate gehörten. Für alle übrigen Theile dieses Kreises sind Wechselgerichte erster und zweiter Instanz zu Bamberg bestellt [24]).

g) Für den Untermainkreis bestehen Wechselgerichte erster Instanz zu Würzburg, Aschaffenburg und Schweinfurt, und das Wechsel-Appellationsgericht zu Aschaffenburg [25]).

nung vom 3. Okt. 1820 (Reg. Bl. S. 827. — Moritz a. a. O. S. 33).

21) Verordn. vom 18. Mai 1809 (Reg. Bl. S. 797. Moritz a. a. O. S. 36).

22) Verordn. vom 29. Okt. 1825 (Reg. Bl. S. 801. Moritz a. a. O. S. 25).

23) Vergl. das Gesez vom 11. Sept. 1825, die Einführung des Wechselrechts nnd der Wechselgerichtsordnung in den damit noch nicht versehenen Theilen des Königreichs betr., §. 3 nr. 3. — Moritz a. a. O. S. 8.

24) Verordn. vom 29. Okt. 1825 (Reg. Bl. S. 808. Moritz a. a. O. S. 29.)

25) Verordn. vom 26. Okt. 1825 (Reg. Bl. S. 785. — Moritz a. a. O. S. 18) und vom 28. Mai 1834 (Reg. Bl. S. 1049).

In einem Theile des Königreichs ist

3) auch für Merkantilsachen ein Ausnahmsgerichtsstand angeordnet, nämlich für den Isar-, Unterdonau- und Regenkreis bei den dortigen auch für Wechselsachen zuständigen Wechsel- und Merkantilgerichten erster und zweiter Instanz [26]), und für die Stadt Nürnberg bei den dortigen Handelsgerichten beider Instanzen [27]). Unter Merkantilsachen sind zu verstehen [28])

a) Streitigkeiten zwischen Negotianten und Handelsleuten, und den denselben gleichgestellten Gewerben über Handlungsgegenstände, welche aus besondern und unter Handelsleuten allein üblichen Säzen und Gebräuchen entschieden werden können, als nämlich die unter solchen Personen entstehenden Rechnungsirrungen aus Konten, Beschwerden über die Quantität und Qualität gelieferter Waaren, Speditionsdifferenzen und Streitsachen, welche aus Societätsverträgen in Handlungsgeschäften entstehen; auch Schuldsachen zwischen wirklichen Handelsleuten, Krämern und Negotianten unter einander, hinsichtlich der auf Kredit und zum Handel hingegebenen Waaren;

b) Schuldsachen aus einem Geschäfte, bei dessen die wechselfähigen Kontrahenten sich das Wechsel- und Merkantilgericht ausdrücklich bedungen haben.

26) Vergl. die Verordnungen vom 24. Nov. 1812 (Reg. Bl. S. 1993), vom 10. Jan. 1817 (Moritz a. a. O. S. 16, 17), das Gesez vom 11. Sept. 1825 §. 3 a. E. (Moritz a. a. O. S. 17, XVII) mit den Verordnungen vom 6. und 28. Nov. 1825. S. oben Note 15, 16.

27) Verordnung vom 18. Mai 1809 (Moritz a. a. O S. 37).

28) Vergl. die Verordnungen vom 18. Mai, 25. Juni 1789, vom 5. März 1804, 31. Jänner 1806 (Moritz a. a. O. S. 71, 72).

Eigenthümlichkeiten hat

4) die Ausübung der Gerichtsbarkeit in Bergsachen.

Hierüber bestimmt die Verordnung vom 14. Sept. 1809:

a) „die Berggerichtsbarkeit wird in erster Instanz bei den Untergerichten, in deren Amtsbezirken der Streitgegenstand liegt, mit Zuziehung des Bergbeamten des einschlägigen Bergamts ausgeübt [29]), in zweiter Instanz von einem Senat, der jenem Untergericht vorgesezten Appellationsgerichte, mit Zuziehung eines Bergkommissärs [30]); in dritter und lezter von einem ständigen Senate des Oberappellationsgerichts, dessen Mitglieder zum Theile [31]) aus den Räthen der General-Bergwerksadministration genommen werden.

b) Zum Ressort dieser Gerichte gehören alle Bergsachen [32]), und daher sowohl alle zum Bergregal gehörige Fos-

29) Das Berggericht erster Instanz soll aus dem Vorstand des einschlägigen Untergerichtes, aus einem Assessor desselben Gerichts und dem bezeichneten Bergbeamten gebildet werden. Verordnung vom 14. Sept. 1809 §. 3 (Reg. Bl. S. 1578).

30) Das Berggericht zweiter Instanz wird durch einen ständigen Senat, unter dem Vorsize des Präsidenten, aus einem Direktor, zwei Räthen, einem Sekretär des Appellationsgerichts, und einem dem Hauptbergdistrikte vorgesezten Bergkommissär, oder in dessen Verhinderung aus dem Berg-Inspektionskommissär gebildet. Die angef. Verordn. §. 6. — Nach der Verordn. vom 14. Okt. 1823 bestehen Bergsenate bei den Appellationsgerichten des Obermain-, Regen-, Isar- und Oberdonaukreises (Reg. Bl. S. 1502).

31) Der Senat besteht nämlich unter dem Vorsiz des Präsidenten aus einem dafür ernannten Direktor, drei Oberappellations- und aus zwei Oberbergräthen, sodann einem Sekretär des Oberappellationsgerichts. Verordn. vom 14. Sept. 1809 §. 8.

32) Die von der angeführten Verordnung gegebene Begriffstel-

Fossilien, als auch die ausser den Gruben befindlichen zum Bergwerk gehörigen streitigen Gegenstände, welche jedoch das Bergwerk wirklich betreffen, aus der Natur des Bergbaues wesentlich hervorgehen, und, als diesem eigenthümlich, eine ganz eigene Beschaffenheit haben müssen, daher sie auch in Sachen, welche nicht mehr in dem Eigenthume und Gebrauche des Bergbaues sich befinden, nicht kompetent sind. Ueber Bergschulden, Bergwerkspläze, wenn sie streitig werden, sich noch im Eigenthum des ganzen Bergwerks oder einzelner Gewerke befinden, und wirk-

stellung resp. Beschreibung dürfte als eine gelungene nicht gelten können. Zu den Bergsachen gehören alle Streitigkeiten über die Befugniß zum Bergbau, über die Ausübung dieser Befugniß von Seite der damit Beliehenen, über die Verbindlichkeiten derselben gegen den Bergherrn, über die Verhältnisse der Berggenossen (Eigenlehner, Gewerke) untereinander und zu den Bergoffizianten und der Knappschaft, über Verfügungen und Veränderungen (z. B. durch Erbfolge) hinsichtlich der Bergtheile (Kuxen), über Gewinn oder Verlust aus dem Bergbau, — ferner alle persönlichen Streitigkeiten unter den bei dem Bergbau beschäftigten Personen, sofern sie sich auf dieses Geschäft beziehen, — überhaupt alle aus Veranlassung des Bergbaues entstandenen Rechtsstreite, deren richtige Entscheidung durch Bekanntschaft mit den eigenthümlichen Verhältnissen des Bergbaues, mit den technischen zur Bezeichnung dieser Verhältnisse dienenden Ausdrücken, und mit den darauf bezüglichen Uebungen und herkömmlichen Grundsäzen bedingt ist. — Es gehört allerdings eine besondere Vorbildung und Einübung dazu, um sich in Rechtssachen dieser Art zu orientiren, und hieraus erklärt es sich, warum, wie in Merkantilsachen Handelskundige, für Bergsachen — Bergmänner zugezogen werden sollen. Vergl. die bayerische Bergordnung von 1784 (Mayr Gen. S. II S. 1464). — Preuß. Landr. Th. II Tit. XVI §§. 69—480. v. Schelhaß Magazin Bd. I S. 172. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht §§. 271—276. — Mittermaier Grundsäze des gemeinen deutschen Privatrechts ed. II §§. 296 ff.

lich zum Bergwerksgebrauche bestimmt sind, ferner über die Bergbeamten und Offizianten aller Grade in allen unter den Begriff von Bergsachen gehörigen Gegenständen erstreckt sich gleichfalls die Berggerichtsbarkeit; in allen übrigen Sachen hingegen, sie seien persönlich oder dinglich, streitig oder nicht streitig, sind die zum Bergbau gehörigen Personen den ordentlichen Civilbehörden unterworfen.

Vor die Berggerichte gehören gleichfalls alle Streitigkeiten, welche aus den Rechten und Verbindlichkeiten des obersten Bergherrn zu den Bergwerksverwandten und umgekehrt, entspringen.

Ein ausgenommener Gerichtsstand besteht

5) für die Streitigkeiten über den Adelsstand, welche bei den Appellationsgerichten, unter welchen der Adelsprätendent steht, verhandelt, und mit Vorbehalt der Berufung an das königliche Oberappellationsgericht entschieden werden [33].

6) Die eigne Lehengerichtsbarkeit, von welcher die Gerichtsordnung spricht, ist aufgehoben, alle streitigen Lehensachen sollen vor den ordentlichen Gerichten verhandelt werden [34]. Dasselbe gilt

7) von Familienfideicommißsachen [35], hinsichtlich welcher nur diejenigen Handlungen, welche sich auf Bestätigung des Fideicommisses beziehen, oder sonst die Genehmigung des Gerichtes erfordern, so wie die Führung der Fideicommißmatrikel den Appellationsgerichten, in deren Bezirk das Fideicommißvermögen gelegen ist, zugewiesen sind [36].

33) Beil. V zur Verf. Urk. §. 7.

34) Lehenedikt vom 7. Juli 1808 §§. 214, 215 (Reg. Bl. S. 1929).

35) Beil. VII zur Verf. Urk. §. 15.

36) Dieselbe §. 14.

Mit Unrecht werden

8) von Manchen den eximirten Sachen auch diejenigen beigezählt, welche vor das Forum der Staatsschuldentilgungsanstalt gehören. Denn die Besonderheit dieses Gerichtsstandes beruht hier nicht auf Eigenthümlichkeiten in der Beschaffenheit der Sachen, sondern nur auf dem Umstande, daß das Staatsschuldenwesen überhaupt als ein gesonderter Zweig der Finanzverwaltung behandelt wird, und überall unter der Leitung einer eigenen Centralbehörde steht. — Es liegt daher eine Verwechslung der Begriffe zu Grunde, wenn man für Ansprüche an die Staatsschuldentilgungskasse einen Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen (Kap. I §. 10) nicht gelten lassen will [37].

III.

B. Begriff der Civilprozeßsachen.

Der Begriff von Civilprozeßsachen [38]) darf, wenn er in einem gegebnen Staate praktische Bedeutung haben

37) S. oben §. 10, II, nr. 4, β. Das Forum der Schuldentilgungskommission ist aber nicht einmal ein forum exemtum personae, sondern ein (bevorzugtes) forum domicilii; die Schuldentilgungskommission wird bei dem Appellationsgericht des Isarkreises belangt, weil sie ihren Siz in München — im Isarkreise hat. Aus demselben Grunde werden der Postfiskus, der Militärfiskus zu Landshut belangt.

38) Mittermaier Archiv für civ. Praxis Bd. IV S. 305—70, XII S. 401 ff. — Pfeiffer prakt. Ausführ. I S. 213, 266, III S. 182—202, 441 ff. — Wächter in der Tübinger Zeitschrift I. S. 84 ff. Pfizer über die Grenze zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz 1828. — Linde im Lehrbuch §. 46. Martin im Lehrbuch ed. XI §. 21. — Die Untersuchung über den Begriff der Civilprozeßsachen hatte zur Zeit des deutschen Reiches noch eine andre Richtung. Die einzelnen deutschen Landesfürsten waren nicht souverän, d. h. nicht durchaus selbstständige und unabhängige Regenten, vielmehr standen sie zu Kaiser und Reich

soll, nicht nach Spekulationen der s. g. Prozeßmetaphysik konstruirt, sondern er muß aus dem positiv Bestehenden abstrahirt seyn. Diese Abstraktion wird aber kein ganz probehältiges Resultat liefern, wenn sich in dem positiv Bestehenden keine Durchführung allgemeiner Grundregeln ausspricht, wenn hier aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, oder in Folge irriger Ansichten, oder aus willkürlichem Belieben, oder in Gemäßheit historischer Verhältnisse das Ungleichartige zusammengefügt und das Zusammengehörende auseinandergerissen ist. Bei so bewandten Umständen bleibt nichts übrig, als die Merkmale des Begriffs nach demjenigen festzustellen, was regelmäßig und in den meisten Fällen gilt (a potiori fit denomina-

(d. h. zur Gesammtstaatsgewalt des deutschen Reichs) in einem Unterthansverhältnisse. Diese Stellung der einzelnen Landesfürsten äusserte einen eigenthümlichen Einfluß auf das Verhältniß derselben zu ihren Territorial-Unterthanen. Sie begründete nämlich in Betreff der Ausübung der Regentengewalt eine Art civilrechtlicher Verantwortlichkeit, indem die Territorial-Unterthanen gegen ihren Landesherrn wegen Mißbrauchs der Regentengewalt bei den Reichsgerichten gerade so als Kläger auftreten konnten, wie in reinen Privatrechtsverhältnissen der eine Unterthan gegen den andern. In dieser Beziehung war es eine wichtige Frage des ehemaligen Reichsprozesses, in welchen Fällen eine Civilprozeßsache dieser Art im Verhältnisse zwischen Landesherrn und Landesunterthanen anzunehmen sey und unter welchen Umständen eine Klage der Leztern gegen erstre bei den Reichsgerichten Plaz greife. Jemehr sich im Laufe der lezten Jahrhunderte die Landeshoheit der einzelnen Reichsfürsten erweiterte, desto enger wurde die Sphäre der gedachten Verantwortlichkeit gezogen. Nach der Wahlkapitulation von 1792 blieb kaum ein Schatten davon übrig, und mit der Auflösung des deutschen Reiches gieng nur dem Namen nach unter, was der Sache nach nicht mehr bestand. — Vergl. (Philipp Geigel) Was ist Justizsache? — in der Zeitschrift „Inland“ 1829 Nr. 282 ff.

tio) [39]) und der Begriffstellung die Angabe derjenigen Fälle folgen zu lassen, bei denen entweder nicht alle Merkmale zutreffen, oder auf welche die Korollarien des Begriffs, zufolge positiver Ausnahmsbestimmungen, keine Anwendung finden.

Eine Civilprozeßsache ist vorhanden, wenn die Hülfe des Staates, zur Geltendmachung eines Privatrechtsverhältnisses [40]), wider einen bestimmten in entgegengeseztem Interesse betheiligten Gegner, auf dem Grunde einer bestehenden Rechtsnorm, angerufen wird.

In dieser Begriffstellung ist

1) der allgemeine Ausdruck „zur Geltendmachung eines Privatrechtsverhältnisses" gewählt, weil weder das Daseyn eines Rechtsstreites noch eine eigentliche Rechtsverlezung zu den Voraussezungen der Civilprozeßsachen gehört. Wenn der Schuldner, der zwar die Forderung nicht bestreitet aber auch nicht bezahlt, von dem Gläubiger belangt wird, so ist gewiß eine Civilprozeßsache, aber kein Rechtsstreit vorhanden, eben so wenig kann der Ausdruck: „Rechtsverlezung" als richtige Bezeichnung gelten, wenn die bloße Nichterfüllung einer Verbindlichkeit die Anrufung der Staatshülfe veranlaßte.

2) Privatrechtsverhältnisse sind diejenigen, welche in dem Rechtsleben und Rechtsverkehr der Einzelnen (physischen

39) S. Wächter a. a. O.

40) Martin und Linde nehmen an, daß eine Streitigkeit über gegenwärtige Rechte obwalten muß. — Kautionsforderungen zur Sicherstellung von Rechten, deren Entstehung noch von künftigen Ereignissen abhängt, z. B. bei bedingten Vermächtnissen, fallen unbedenklich unter den Begriff von Civilprozeßsachen, und werden überall als solche behandelt. — Jene Beschränkung hat aber guten Grund, wenn sie in der Art aufgefaßt wird, wie von Bayer in den Vorträgen S. 17 geschieht: „Die vermeintliche Verlezung darf nicht

und moralischen Personen) [41] untereinander vorkommen. Dahin gehören

a) die dinglichen Rechte an Sachen, welchen auch die Gerechtsame, die sich an den Besitz von Sachen knüpfen [42], oder gegen den Besitzer zur Ausübung kommen, beigezählt werden [43].

b) Forderungen aus Verträgen [44] oder vertragsähnlichen Verhältnissen; ferner Ansprüche auf Ersaz, Schadloshaltung, Wiederherstellung, Genugthuung wegen begangener Rechtsverlezungen, erlittener Beschädigungen, gemachter Auslagen [45].

c) Die Familienrechte (mit den davon abhängigen Vermögensrechten); insbesondere zwischen Eheleuten und in Bezug auf das eheliche Verhältniß; zwischen Eltern und Kindern, und die Rechtsverhältnisse der Vormundschaft; ferner die besondern persönlichen Rechte, welche,

darin bestehen, daß die Verleihung eines noch nicht erworbenen Rechtes verweigert wurde."

41) Unter Leztern natürlich das personificirte Staatsvermögen, den Fiskus, einbegriffen.

42) Diese Eigenschaft haben z. B. die Patrimonialgerichtsbarkeit, die radizirten Gewerbe, mitunter das Patronat; — abgesehen von den eigentlichen Grunddienstbarkeiten.

43) Hieher gehört das große Geschlecht der deutschrechtlichen Reallasten. — Vergl. Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 314.

44) Auch, wenn sie Leistungen betreffen, welche im Allgemeinen aus Verhältnissen des öffentlichen Rechts entspringen, oder abgesehen von dem Vertrage nicht bey den Gerichten eingefordert werden könnten. S. Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 321 §. 141.

45) Werden wegen Handlungen der Staatsregierung Entschädigungsansprüche an die Staatskasse gemacht, so ist jederzeit eine Civilprozeßsache vorhanden, und zwar ohne Unterschied, von welchem Zweige der Staatsverwaltung jene Handlung ausgegangen ist. S. unten Abth. VI nr. 1, 2.

obschon staatsrechtlicher Natur, die Quelle oder Bedingung von Privatrechten sind [46]; endlich

d) die aus der Beerbung eines Verstorbenen entspringenden Erbschafts- und Vermächtnißrechte.

3) Die Hülfe des Staats muß wider einen bestimmten im entgegengesezten Interesse betheiligten Gegner angerufen werden [47]. Daher kann es als Civilprozeßsache nicht betrachtet werden, wenn auf dem Grunde eines mit einem sichtbaren Fehler nicht behafteten Testaments — ohne daß ein Andrer widerspricht, um Einsezung in den Besiz einer Erbschaft gebeten; oder wenn ein Antrag auf Anordnung einer Pflegschaft über die Güter eines Abwesenden gestellt und zur Zeit Niemand mit Ansprüchen auf das fragliche Vermögen oder die Pflegschaft aufgetreten ist; oder wenn es sich von der Ablehnung einer angetragenen Vormundschaft handelt [48]) u. s. w.

46) Wird über die Adelseigenschaft oder die Siegelmäßigkeit einer Person gestritten, so gehört die Verhandlung und Entscheidung an die bürgerlichen Gerichte.

47) Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn die Polizeibehörde aus polizeilichen Gründen die Ausübung eines Rechtes z. B. des Jagdrechtes beschränkt, ohne dadurch einer andern Person einen rechtlichen Vortheil zuzuwenden. Man könnte vielleicht annehmen, die Polizeibehörde, welche in die Ausübung des fraglichen Rechtes eingreift, sey hier die bestimmte Gegenpartheі. Allein diese hat nichts weniger als ein entgegengeseztes Interesse, sie erstrebt weder einen Vortheil für sich noch für die Staatsfinanzkasse. Das Interesse ihres Einschreitens ist dem des verlezten Privaten nicht entgegengesezt, sondern ganz andrer, nämlich keiner rechtlichen Natur. S. meinen Beitrag zur Lehre von den Gegenständen des Civilprozesses in v. ZuRhein's Jahrbüchern des bürgerl. Prozesses Heft II S. 289; vergl. v. ZuRhein und Sartorius merkwürdige Rechtsfälle Bd. II Nr. III.

48) Claproth Einleit. in die summar. Prozesse §. 2. N. 3. —

4) Der Anspruch muß sich auf eine Rechtsnorm fußen. Soll eine Entscheidung aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, Nüzlichkeit, Staatsklugheit oder überhaupt des s. g. öffentlichen Wohles erfolgen, so ist der Fall zur Einleitung eines Civilprozesses nicht geeignet.

Uebrigens macht es keinen Unterschied, welches die Quelle der anzuwendenden Rechtsnorm sey, ob ein ausdrückliches Gesez, Gewohnheit, Gerichtsgebrauch, Doktrin oder die rechtliche Natur der Sache.

Auch kömmt es nicht darauf an, aus welchen Motiven das einschlagende Gesez gegeben worden. Obwohl Rücksichten der Zweckmäßigkeit, Rathsamkeit u. s. w. dem Richteramte bei Beurtheilung einzelner Fälle fremd sind, so wird doch die Eigenschaft einer Sache als Justizsache nicht dadurch aufgehoben, daß das Rechtsgesez, nach welchem sie zu entscheiden ist, Grund und Veranlassung in politischen, staatswirthschaftlichen [49]) oder Billigkeitsmotiven hat.

Bei Differenzen zwischen Vormund und Pflegling über Erziehung, Unterhalt, Aufenthalt, über das Maas der Ausgaben u. dgl., bei Streitigkeiten über die Anordnung oder Fortdauer einer cura furiosi und prodigi sind die entgegengesezte Anträge stellenden Personen häufig nicht im entgegengesezten Interesse betheiligt. Aber dann ist es auch keine Civilprozeßsache; das Gericht handelt und entscheidet nicht als solches, sondern in seiner Eigenschaft als Obervormundschaftsbehörde (Pupillenkollegium).

49) Die s. g. Kulturgeseze, welche aus staatswirthschaftlichen Rücksichten die Ausübung der Weidegerechtsame, der Forstservituten beschränken, sind wahre Rechtsgeseze; nicht nach der Natur der Sache, sondern nur nach positiver Vorschrift sind Rechtsstreite, deren Entscheidung auf Anwendung dieser Geseze beruht, den Civilgerichten entzogen und den Administrativbehörden überwiesen. S. unten Abth. IV Nr. 1. Vergl. Puchta Beiträge zur Gesezgebung und Praxis Bd. I Nr. VII.

Eben so wenig steht es der Behandlung einer Sache als Rechts-, insbesondere als Civilprozeßsache entgegen, daß die entscheidende Norm nicht gerade im Civilgesezbuch enthalten oder unter der besondern Firma einer Civilrechtsnorm promulgirt worden, sondern im Konterte einer materiell verwandten Polizei- und Kameralverordnung oder aus der staatsrechtlichen Gesezgebung hervorgetreten ist. So finden wir z. B. in dem Konscriptionsgeseze Bestimmungen über die Rechte und Verbindlichkeiten zwischen einem Konscribirten und seinem Ersazmanne, in der Brandassekuranz-Ordnung Vorschriften über die Rechte der Hypothekgläubiger an das abgebrannte Gebäude und die dafür zu entrichtende Entschädigungssumme; in den Edikten über die staatsbürgerlichen Verhältnisse der Juden Normen über deren privatrechtlichen Verkehr u. s. w. So enthalten auch die Verfassungsurkunde, noch mehr deren Beilagen, eine große Menge privatrechtlicher Säze, insbesondere über solche Privatrechte, welche durch staatsrechtliche Eigenschaften bedingt sind, z. B. über die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Gutsherrn und den Gutshintersassen, über die Familienfideikommisse der Adeligen, über die privatrechtlichen Ansprüche der Staatsdiener an die Staatskasse u. s. w.

Uebrigens können in Civilprozeßsachen auch solche Normen zur Anwendung kommen, welche wirklich dem Gebiete des öffentlichen (Staats- und Völker-) Rechts angehören, z. B. wenn Forderungen eingeklagt, Domänen vindicirt werden, welche ein Zwischenherrscher von angefochtener Legitimität eingehoben resp. veräussert hat. — In Civilprozeßsachen können zwar nur Privatrechtsverhältnisse geltend gemacht werden; daß aber nur Privatrechtsgeseze zur Anwendung kommen, ist keineswegs für ein wesentliches Merkmal zu halten. Bei Einklagung einer Darleihnsforderung, bei Anstellung der Eigenthumsklage ist zweifellos ein Privatrechtsverhältniß in Frage und die Zuständigkeit des Civilrichters kann kei-

nem Bedenken unterliegen. Gleichwohl hängt in Fällen der angegebenen Art die Entscheidung hauptsächlich von staats- und völkerrechtlichen Grundsäzen ab. S. auch unten Note 108.

IV.

C. Civilprozeßsachen, deren Verhandlung und Entscheidung den Gerichten entzogen und andern Behörden zugewiesen ist.

Gewisse Arten von Civilprozeßsachen sind zufolge positiver Geseze den Gerichten entzogen und den Verwaltungsstellen zur Verhandlung und Entscheidung zugewiesen[50]. Gemeinsame Gattungsmerkmale dieser s. g. administrativ-contentiösen Sachen lassen sich nicht aufstellen[51]; eben so wenig probehaltige Gründe, durch welche diese Beeinträchtigung des Wirkungskreises der Civilgerichte gerechtfertigt würde[52]. Diese Fälle der Ad-

50) S. v. Gönner Entwurf eines Gesezbuchs über das gerichtl. Verfahren Bd. II Abth. 1 S. 49. Rudhardt über die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden. Würzb. 1817. Nibler im Archiv für civil. Praxis III S. 374 ff. Mittermaier in demselben Archiv IV S. 344 f., XII S. 393 f. Puchta Beiträge zur Gesezgebung und Praxis Bd. I Abh. VII S. 202 ff. Weiler über Verwaltung und Justiz 1826. Wächter in der krit. Zeitschrift Bd. I S. 119. v. Pfizer über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz 1828. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. III S. 202 f., 452 f.

51) Vergl. unten Abth. VI.

52) Als Motive der Ausscheidung dieser Art von Civilprozeßsachen pflegt man anzuführen, daß bei deren Entscheidung der Staat aus dem Standpunkt des Gesammtwohls ein besonderes Interesse habe, oder daß bei denselben die Beurtheilung der Sachverhältnisse besondre technische Kenntnisse, die man zwar nicht den Justizmännern wohl aber den Regierungsräthen zutrauen könne, oder doch eine vollständige Kunde der administrativen Verordnungen erfordert werde. Aber diese Einrichtung (nämlich die Gerichtsbarkeit der Administrativ-

ministrativjustiz erscheinen daher nicht blos als Ausnahmen von der Regel, sondern sie enthalten auch Abweichungen von der Natur der Sache, Verlezungen der Grundbegriffe. Eben deßwegen darf nichts in die Sphäre der administrativ-contentiösen Sachen gezogen werden, was derselben nicht durch den deutlichen Buchstaben ausdrücklicher Vorschrift zugewiesen ist. Eine Erweiterung jener Sphäre durch analoge Anwendung ist unzulässig. **Quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias** [53]).

Zu den administrativ-contentiösen Sachen gehören

1) Kulturstreitigkeiten [54]); nämlich Rechtsstreite zwi-

behörden für Streitsachen der bezeichneten Art) erscheint 1) als unnöthig; denn a) wenn die Rücksichten des Gesammtwohls in der Gesezgebung durch klare und bestimmte Vorschriften ausgeprägt sind, so wird die Anwendung im wahren Interesse des Staats, durch die Civilgerichte eben so gut bewirkt werden, wie von den Administrativbehörden zu erwarten ist; b) die Beurtheilung der Sachverhältnisse mit Hülfe technischer Kenntnisse wird hier durch Vermittlung zugezogner Sachverständigen ebenso passend vor sich gehen, als in andern den ordentlichen Gerichten nicht entzognen Sachen. Nebstdem ist 2) diese Verwaltungsgerichtsbarkeit unzweckmäßig und für die Handhabung des Rechtes gefährlich. — Vergl. hierüber Mittermaier, Puchta, Wächter, Rudhardt und Pfeiffer a. a. O. S. auch Feuerbach Betrachtungen über Oeffentl. und Mündl. der Rechtspflege Bd. II S. 3—17.

53) **Fr. 14 de legibus (1, 3), fr. 162 de reg. jur. (50, 17).** Vergl. Pfizer a. a. O. S. 57.

54) v. Schelhaß Magazin Bd. I S. 186 ff. Kulturstreitigkeiten gehören aber nur in denjenigen Bestandtheilen des Königreichs zu Kompetenz der Administrativbehörden, für welche die materiellen Bestimmungen der s. g. Kulturmandate gelten; also z. B. in Ansehung der Weide- und Forstrechte nicht in denjenigen Bezirken, welche erst nach dem

schen dem Grundeigenthümer und dem Servitut-, insbesondere Weideberechtigten über die Zwei- und Dreimädigmachung der Wiesen, über die Anbauung der Brache und im Allgemeinen über die bessere Bebauung der Grundstücke; — zwischen dem Waldeigenthümer und dem Forstberechtigten über die Ausübung der Forstrechte, insofern diese mit der Forstbewirthschaftung und dem Waldschuze in Kollision kömmt; — zwischen den Mitgliedern einer oder mehrerer Gemeinden über die Urbarmachung und die zu diesem Zwecke in Frage befindliche Vertheilung von Gemeindegründen, insbesondere über den Vertheilungsmaßstab [55]. — Differenzen über Ertheilung des grundherrlichen Konsenses bei Gutszertrümmerungen

März 1808 mit dem Königreich vereinigt wurden. — Zwar bestimmt die Verordnung vom 17. Dec. 1825, den Wirkungskreis der Kreisregierungen betr. ganz allgemein, daß die Entscheidung von Kulturstreiten den Verwaltungsstellen zukomme. Aber in manchen Provinzen, in den ehemals baireuthischen Landestheilen, im Untermainkreis, ist der Rechtsbegriff: „Kultursache" überhaupt dem Rechtsleben fremd, es kann also auch keine besondre Gerichtsbarkeit für Kultursachen geben. Indessen ist für das ehemalige Fürstenthum Baireuth durch ein an die Generalkommissariate des Main- und Rezatkreises am 11. April 1812 ergangenes königliches Rescript ausdrücklich bestimmt, daß Kulturstreitigkeiten, auch wenn sie nach den preußischen Civilgesezen zu entscheiden sind, zur Kompetenz der Kreisregierungen gehören. Vergl. Intell. Bl. f. d. Mainkreis 1812 Nr. 34.

55) Vergl. die Verordn. vom 17. Juli 1808 (Reg. Bl. S. 1649) §. 35, vom 30. Jänner und 8. August 1810 (Reg. Bl. S. 209, 642), mit der Verordn. vom 15. März 1808 (Reg. Bl. S. 677), vom 26. Febr. 1808 (Reg. Bl. S. 602) und den andern in Moriz Novellen zum bayerischen Landrecht Th. II Kap. VIII §. 13 S. 210 ff., §. 14 S. 224 ff., und zum §. 15 S. 238 ff. zusammengestellten Verordnungen.

gehören nicht zu den Kulturstreiten [56]; wohl aber die Prozesse über den Ersaz der Wildschäden [57].

Streitigkeiten über Gemeinderechte [58], bei welchen nicht zugleich die Urbarmachung oder überhaupt die bessere Benüzung von Gemeindegründen in Frage ist, sind den Gerichten nicht entzogen [59].

56) Moriz Nov. Samml. Bd. III S. 63, Bd. IV, 80 — vgl. mit Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 314.

57) Verordn. vom 9. Aug. 1806 (Reg. Bl. S. 293).

58) Vergl. auch das Edikt über die Gemeindeverfassung vom 17. Mai 1818 Tit. III §. 25. Vergl. Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 302—3.

59) In den Gründen der Entscheidung des k. Staatsraths in Sachen Klein wider Gemeinde Bernhardswinden vom 5. Dec. 1826 kömmt vor: Die Instruktion für die Generalkreiskommissariate vom 17. Juli 1808 §. 29 ertheilt dieser Kreisstelle die Befugniß über streitige Gemeinderechte nach der Verordnung vom 22. Febr. 1808 (Reg. Bl. S. 834) zu entscheiden. In dieser ist klar bestimmt, daß Streitigkeiten über Gemeinderechte nur dann zur Entscheidung der k. Kreiskommissariate gehören, wenn solche mit einem Kulturprozesse in Verbindung stehen. In der Instruktion vom 27. März 1817 und in dem Edikt über die gutsherrl. Rechte §. 89 wurde bei der Hinweisung der Streitigkeiten über Gemeinderechte an die Polizeibehörden dieser beschränkende Beisaz weggelassen, weil er aus der Verordn. von 1808 als bekannt vorauszusezen war. In der Verordn. über Kompetenz des Geh. Raths vom 8. Aug. 1810, worauf in der Instruktion für den Staatsrath vom 18. Nov. 1825 ausdrücklich hingewiesen wird, und in der Verordn. vom 17. Dec. 1825 unter dem Titel: „Kommunalangelegenheiten" (Tit. VII §. 69) sind die Entscheidungen über Gemeinderechte ausgelassen, und blos die Kulturstreite oder das Erkenntniß über die Vertheilung der Gemeindegründe im §. 64 als Gegenstände des Wirkungskreises der Kreisregierung aufgeführt; indem sich unter der Hauptsache (dem Kulturstreit) der damit verknüpfte Nebenpunkt des Gemeinderechts nach der Verordn. vom 22. Febr. 1808 von selbst versteht. Es

Auf der andern Seite ist es eine reine Verwaltungssache, wenn die Theilung der Gemeindegründe unter den Gemeindegliedern nur aus dem Standpunkte des größern oder geringern Vortheils bestritten wird, welcher sich aus der Fortsezung der bisherigen Benüzung, beziehungsweise der Urbarmachung oder Veräusserung, für das Vermögen der Gemeinde selbst erwarten läßt. Der Verwaltungsbehörde kömmt hier in ihrer Eigenschaft als Kuratel, die Entscheidung zu [60].

2) Streitigkeiten zwischen Zehentherrn und Zehentpflichtigen hinsichtlich der Anwendung der allgemeinen Weinlese und Zehentordnung, in denjenigen Bestandtheilen des Untermainkreises, welche das Großherzogthum Würzburg bildeten [61].

ist auch ausser dem Falle der Konnexität mit Kulturprozessen kein zureichender Grund denkbar, die Kognition über streitige Gemeinderechte den ordentlichen Gerichten zu entziehen. Döllinger a. a. O. S. 303. S. v. Wendt Handbuch des bayerischen Civilprozesses ed. II Bd. II S. 137—8.

60) Gemeindeedikt §. 25, 123, 131.

61) Würzburger Verordnung vom 21. Aug. 1809. Am Schlusse dieser Verordnung (Moritz Novellensammlung II S. 75) heißt es jedoch: „Wenn durch willkürliche Anordnungen und Maßnehmungen, d. h. durch solche, welche weder in der gegenwärtigen Verordnung gegründet sind, noch aus der Natur der Sache hervorgehen, einzelne Gutsbesizer oder Gemeinden in dem ihnen rechtlich gebührenden Herbstertrag gefährdet, wohl erworbene mit und neben der Weinlese- und Zehent-Ordnung wohl bestehende Rechte gekränkt, die Gerechtsame des Aerars oder einzelner Zehentbesizer über das rechtliche Maß oder die rechtliche Qualität ausgedehnt, der Besiz oder das Recht der Zehentfreiheit nicht respektirt werden, so bleibt es Unsern getreuen Unterthanen auf den Fall, daß ihre Beschwerden von Unserer Landesdirektion nicht augenblicklich gehoben werden, unbenommen, die richterliche Hülfe anzurufen, welche von unsern Justizstellen, insoweit die angebrachten besondern Beschwerden und Strei-

3) Streitigkeiten und Beschwerden über Kriegslasten, die Vertheilung derselben, die Bestimmung des Repartitionsfußes, Prägravirung gegen diesen, wie auch über dießfallsige Entschädigungsansprüche. Sind aber die Kriegslasten nur die Veranlassung des Streites, und hängt die Entscheidung von den zwischen den streitenden Theilen bestehenden Privatrechten ab (z. B. wenn aus Veranlassung der Kriegslasten Lieferungsverträge, oder zur Schlichtung eines dießfallsigen Prägravirungs- oder Entschädigungsstreits ein Vergleich abgeschlossen worden, oder wenn ein Uebermaß geleisteter Entschädigung mit der condictio indebiti oder sine causa zurückgefordert wird), so ist die Kompetenz der Justizstellen begründet[62]).

4) Gewisse Rechtsstreite[63]), welche die Brandver-

tigkeiten reichen, schnell und unpartheiisch ertheilt werden soll.

62) Vergl. Verordn. vom 3. Jan. 1807 (Reg. Bl. S. 53. Novellensammlung I S. 84) mit der Verordn. vom 17. Dec. 1825 §§. 27, 28 (Reg. Bl. S. 1066—7), und den Gesezen vom 22. Juli 1819 über die Gemeindeumlagen und die Peräquation der Kriegslasten; desgleichen dem Geseze vom 11. Sept. 1825, die Distriktsumlagen betr. — Vergl. v. Schelhaß im Magazin Bd. I S. 182 ff.

63) Zur gerichtlichen Verhandlung eignen sich nach Art. 40 der Brandassekuranzordnung vom 23. Jan. 1811 hingegen a) Streitigkeiten aus besondern zwischen verschiednen Theilnehmern der Anstalt, oder zwischen Vermiethern und Miethsleuten u. dgl. in Bezug auf die Brandversicherung geschlossenen Verträgen; b) Streitigkeiten zwischen verschiednen Miteigenthümern, dann zwischen Gläubigern und Schuldnern über die Einverleibung eines Gebäudes und über den Anschlag desselben; c) Erkenntnisse über grobes und geringes Verschulden oder Bosheit bei Feuersbrünsten, — über den Verlust des Entschädigungsrechtes, ganz oder zum Theile, oder über den zu leistenden Ersaz nach Art. 18 der B. V. O. und der Verordn. vom 13. Juni 1817 (Reg. Bl. S. 621). Durch das Gesez vom 1. Juli 1834 (Gesezblatt S. 89—96) ist hieran nichts geändert.

sicherung (bei der allgemeinen Staatsanstalt) betreffen; insbesondere alle Fragen über verweigerten Ein- oder Austritt in die resp. aus der Anstalt; über verweigerte, verzögerte, oder unrichtig ausgestellte Aufnahmszeugnisse, über zu hohen und zu niedrigen Anschlag der Gebäude, über verweigerte, verzögerte oder verkürzte Entschädigung, über Unrichtigkeiten in den Schäzungen der Brandschäden, über zu viel geforderte oder schon erhobene Beiträge und andre Leistungen, über Ansprüche auf Nachlässe [64]).

5) Provisorische Verfügungen bei dringenden Kirchen- und Pfarrhofsbauten, sowohl über die Baupflicht als die Beitragsgröße [65]), „sofern nur die Bau-

64) Brandversicherungsordnung vom 23. Jan. 1811 Art. 38, 39 (Reg. Bl. S. 162. — Moritz Novellen II S. 66—8).

65) Die neueste Bestätigung dieser Ausnahme von der Regel enthält eine Entschießung des Ministeriums des Innern, zur Entscheidung eines besondern Falles im Einverständniß mit dem der Justiz, am 23. Juli 1833 erlassen. Aber dieser Entschließung scheint die gesezliche Grundlage zu fehlen. Sie nimmt Bezug auf das concilium tridentinum, auf eine Instruktion von 1779 (Mayr Gen. S. II S. 1126), auf mehrere spätere Mandate, auf den §. 44 der Kompetenzverordnung für die Kreisregierungen vom J. 1817 und auf die Verord. vom 17. Dec. 1825 §. 73. — In keiner dieser Quellen sind die Grundsäze enthalten, welche obige Entschließung ausspricht. Am wenigsten kann das, was vor der Umbildung des bayerischen Staates als eine Befugniß des vormaligen geistl. Rathes zu München galt, nun als anwendbare Norm in den neuen Bestandtheilen des Königreichs dienen. — Uebrigens ist in der Verordnung vom 1. Okt. 1830, welche durch das Ausschreiben v. 23. Juli 1833 keineswegs modificirt werden wollte, auf das bestimmteste ausgesprochen, daß wenn nur geringste Zweifel über den Besizstand oder das Daseyn der Konkurrenzverbindlichkeit obwaltet, die Entscheidung sowohl in petitorio als possessorio den Gerichten zu überlassen sey. Vergl. die Verordnung vom 16. Dec. 1810 (Döllinger's Repertorium Bd. III

Baupflicht in dem gegebenen Falle durch positive Geseze, durch früheres Anerkenntniß der Partheien, durch Vertrag, Herkommen, Besiz oder richterliches Urtheil unzweifelhaft feststeht" [66]. Ist dieß nicht der Fall, so liegt auch das Provisorium ausser der Sphäre der Verwaltungsstelle (Kreisregierung, Kammer des Innern).

6) Streitigkeiten über den Simultangebrauch der Kirchen zwischen zwei Gemeinden verschiedener Religionspartheien [67].

7) Geringfügige Streithändel in folgenden Fällen [68]:

a) Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten in allen in der Dienstbotenordnung [69] ausgedrückten Fällen;

Bd. III S. 147). Die in dieser Note ausgesprochene Ansicht wurde auf dem Landtage von 1831 von der Staatsregierung als die richtige anerkannt, und gegen abweichende Anträge des IIten Ausschusses der Kammer der Abgeordneten vertheidigt. (Verhandl. Bd. XX Prot. CXI S. 22—36.) Hier findet sich auch eine ausführliche Darlegung der Geschichte der Gesezgebung in diesem Betreffe.

66) Ob nun diese Voraussetzung gegeben, soll nach der angeführten Entschließung von der Kreisregierung vor Allem geprüft und entschieden werden.

67) IIte Beil. zur Verf. Urk. §. 92; Instruktion für den Staatsrath vom 15. Nov. 1825 §. 7 Nr. 20 (Reg. Bl. S. 873).

68) Verordn. vom 24. Sept. 1808 [Instruktion der Polizeidirektionen in den Städten] §. 88 (Reg. Bl. S. 2527). — Auch die Reformatoren von 1808 haben sich den Gang der Justiz nicht anders als schwerfällig und weitläufig gedacht. Daher erklärt es sich, daß die bezeichneten geringfügigen Streithändel den Polizeibehörden zugewiesen wurden.

69) Eine allgemeine Dienstbotenordnung für das ganze Königreich giebt es nicht, wohl aber bestehen deren in den einzelnen Kreisen resp. einzelnen Bestandtheilen der Kreise. — Uebrigens ist die Kompetenz der Polizeibehörden nur dann anzunehmen, wenn sie entweder durch ausdrückliche Vor-

b) Streitigkeiten, welche auf dem Markte vorfallen, und keine weitläufige Untersuchung erfordern;

c) zwischen Handwerksgesellen und Lehrjungen;

d) Differenzen zwischen Hauseigenthümern und Miethleuten, ausgenommen in Fällen, in welchen beide Theile durch schriftliche Kontrakte ihre Rechte sichergestellt haben;

e) geringe Injurienhändel, welche nicht zur Kognition eines Gerichtes geeignet sind [70]) und an öffentlichen Orten vorfallen.

8) Streitigkeiten zwischen dem Staat und seinen Finanzbeamten, hinsichtlich der aus einer geführten Verwaltung entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten; insbesondere über die Schuldigkeit der Rechnungsbeamten aus gestellten Rechnungen [71]). Ist dem Rechnungsbeamten

schrift der Dienstbotenordnung oder zweifelloses Herkommen begründet ist. Im Zweifel gehören alle Civilprozeßsachen an die Gerichte. — Vergl. Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 288—9.

70) Nach gemeinem Rechte ist die Kognition der Civilgerichte überall ausgeschlossen, wo im concreten Falle die Injurie eine öffentliche Strafe nach sich zieht. Fr. 6 de injur.: „si actum sit publico judicio, denegandum est privatum.“ Weber von Injurien und Schmähschriften Abth. II S. 89 ff. Götz Altdorfer Rechtssprüche XI, 1. Roßhirt Lehrbuch des Kriminalrechts S. 452, II; vergl. mein Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II S. 307.

71) Es ist hier ein rein privatrechtliches Verhältniß vorhanden. S. mein Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II §. 347 S. 207. Der Grund, aus welchem die Entscheidung den Gerichten hier entzogen ist, besteht in der Sorge für Aufrechthaltung einer strengen Ordnung im Staatshaushalt und für die, durch die Staatsbedürfnisse geforderte rechtzeitige Einbringung der Staatseinkunfte. — Vergl. die Verordn. das Finanzrechnungswesen betr. vom 11. Jan. 1826 (Reg. Bl. 169 ff.) mit der Verordnung über die For-

durch Definitivbeschluß der Abrechnungsstelle ein Rest aufgelegt, so muß er denselben vorläufig bezahlen [72]); es ist ihm nachher unverwehrt, auf Erstattung des nach seiner Ansicht zuviel Gezahlten, gegen den Fiskus gerichtliche Klage zu erheben [73]).

Dieselben Grundsäze gelten hinsichtlich der Rechnungssachen der Stiftungen, welche unter der unmittelbaren Aufsicht des Staats stehen [74]).

9) Die Regulirung der Interkalarfrüchte; welche insofern hieher gehört, als die Partizipation streitig werden kann [75]).

mation und den Wirkungskreis des obersten Rechnungshofs vom 20. Okt. 1812 (Reg. Bl. 1785).

72) Verordnung vom 11. Jan. 1826 §§. 26 ff. Der zulässige Rekurs an den obersten Rechnungshof hat keine Suspensivkraft §. 32.

73) Gerct Materialien zum Rechnungsrecht ed. II S. 204; Motive zum revidirten Entwurf einer Prozeßordnung 1827 S. 273. — Die Zuständigkeit der Gerichte kann nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil es sich von Anwendung und Auslegung von Finanzverordnungen handle. — Die Dienstesinstruktion erscheint hier nicht als eine Verordnung, sondern als die Urkunde des Auftrags, nach welchem der Beamte die Geschäfte zu führen hatte. — Zudem hängt die Entscheidung häufig von Anwendung der civilrechtl. Grundsäze über Verzug, Verschulden u. dgl. ab. Vergl. Nibler im Archiv für civ. Praxis III S. 386.

74) Vergl. die Verordn. vom 11. Jan. 1826 §§. 10, 37.

75) Verordnung vom 17. Dec. 1825, die Formation und Wirkungskreis der Kreisregierungen betr. §. 35. — Vergl. Verordn. vom 21. April 1807 (Reg. Bl. S. 702—4); Instruktion in Hinsicht der Einziehung und Verrechnung der Interkalarien (Amtshandbuch für die protest. Geistlichen S. 133); Verordn. vom 27. Nov. 1809 (Reg. Bl. S. 1889). — Vgl. die in dem Inhaltsverzeichnisse des Amtshandbuchs S. 437 nachgewiesenen Normative. — Die durch das Rescript vom 13. Okt. 1818 (Moritz III S. 16—17) den Kreis= und

Forderungen, welche im Allgemeinen an das Forum der administrativ=contentiösen Sachen gehören, sind, wenn der Schuldner in Konkurs gefallen ist, bei dem allgemeinen Konkursgericht anzubringen [76]).

V.

D. Verwaltungssachen.

Ausser der Sphäre der Privatrechtsverhältnisse, folglich ausser dem Gebiete der Civilprozeßsachen [77]) liegen

1) die Rechte, welche dem einzelnen Staatsgenossen, in seiner Eigenschaft als Staatsbürger oder Mitglied einer Kreis=, Distrikts=, Lokal= oder Kirchengemeinde auf Theilnahme an dem öffentlichen Leben des Gemeinwesens, insbesondere an der Repräsentation und Verwaltung zukommen [78]);

Stadtgerichten bei Vakaturen durch Todesfälle zugewiesene Berechnung der Interkelarfrüchte ist reine Verwaltungssache, und liegt ganz ausser der Sphäre der Civilprozeßsachen.

76) Vergl. die Brandassekuranzverordnung vom 23. Jan. 1811 §. 40. Nr. 4. — S. jedoch unten Kap. XIX §. 13. Vergl. Hagemann prakt. Erört. Bd. IX S. 443.

77) Die Festhaltung der Unabhängigkeit der Gerichte ist durch eine genaue Bestimmung und Begrenzung der Sphäre bedingt, in welcher sie unabhängig seyn sollen; der Grundsaz: „Niemand soll seinem ordentlichen Richter entzogen werden" kann seine Bestimmung nicht erfüllen, wenn nicht ausreichende Normen über die Zuständigkeit der Gerichte gegeben sind, und eine richtige Feststellung des Begriffs der Privatrechtssachen ist erforderlich, wenn man auf die Erfüllung der Verbindlichkeit des Fiskus, in Privatrechtsstreiten vor den Gerichten Recht zu nehmen, mit Zuversicht rechnen will. Vergl. meinen Beitrag zu der Lehre von den Gegenständen des Civilprozesses in v. Zu-Rhein's Jahrbüchern des bürgerlichen Prozesses Heft II S. 290.

78) Vergl. das Gemeindeedikt vom 17. Mai 1818, die Ge=

2) das Verhältniß der Einzelnen zum Staatsganzen oder zu einem organischen Theile desselben; insbesondere das Recht auf das Indigenat, das Staatsbürgerrecht, das Gemeindebürgerrecht [79]), die dem Mitglied einer Kirchengemeinde in dieser Eigenschaft zustehenden Rechte [80]), das Recht der Heimath [81]), die Rechte auf Ansässigmachung, Gründung einer Familie [82]) und selbstständige Ausübung eines Gewerbes [83]), die Rechte auf Freiheit des Gewissens [84]), Freiheit der Meinungen [85]), auf Gleichheit der Ansprüche zu allen Graden des Staatsdienstes und zu allen Bezeichnungen des Verdienstes [86]);

meindewahlordnung v. 5. Aug. 1818, die Edikte über die äussern Rechtsverhältnisse der Einwohner des Königreichs Bayern in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaften, so wie über die Ständeversammlung vom 26. Mai 1818, die Geseze vom 22. Juli 1819 über Gemeindeumlagen, vom 11. Sept. 1825 über Distriktsumlagen, und vom 15. Aug. 1828 über die Einführung der Landräthe — mit der Verordnung vom 17. Dec. 1825, den Wirkungskreis der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betr. §§. 24, 34, 69.

79) Vergl. die Verordn. v. 22. Febr. 1808 (Reg. Bl. S. 855; Moriz II S. 76).

80) Z. B. der Anspruch auf Mitbenuzung der Kirchenstühle, sofern er sich nur auf die Eigenschaft als Mitglied der Kirchengemeinde, nicht auf einen Privatrechtstitel, Eigenthum, Vertrag u. dgl. gründet.

81) Gesez über die Heimath vom 11. Sept. 1825 §. 8.

82) Gesez über Ansässigmachung und Verehlichung vom 11. Sept. 1825 §. 9 und vom 1. Juli 1834 vgl. mit den in der Novellensammlung von Moriz II S. 71 unter Nr. 23 angeführten Verordnungen.

83) Gesez über das Gewerbswesen vom 11. Sept. 1825 §. 10.

84) Verordn. vom 17. Dec. 1825 §. 34 (Reg. Bl. S. 1071).

85) Die angef. Verordn. §. 68 (Reg. Bl. S. 1094).

86) Da Verleihungen von Staatsämtern, Beförderungen, Auszeichnungen des Verdienstes immer von dem Ermessen des Königs abhängen, so kann darüber nie ein Rechtsstreit

das Recht der Theilnahme an den öffentlichen Unterrichts- [87]), Wohlthätigkeits- [88]), Verkehrs- [89]), so wie an den religiösen Anstalten [90]), das Recht auf gleiche Berufung zum Waffendienste [91]), auf Gleichheit in Tragung der Staatslasten [92]), das Recht der Ein- und Auswanderung [93]);

3) die den Standesherrn und adeligen Gutsherrn zur Ausübung verliehenen Hoheitsrechte, soweit die staatsrechtlichen Bedingungen der Wirksamkeit und der Fortdauer der Verleihung, oder die staatsrechtlichen Ausübungsvorschriften oder Umfangsgrenzen in Frage sind [94]);

4) die Verbindlichkeit zur Entrichtung von direkten und indirekten Staatsabgaben [95]), sowie von Kreis- [96]),

entstehen; ein Recht der Einzelnen, angestellt, befördert, ausgezeichnet zu werden, giebt es nicht.

87) Verordnung vom 17. Dec. 1825 §§. 38, 47, 48 (Reg. Bl. S. 1075, 1081).

88) Die angef. Verordn. §§. 49, 54, 70 (Reg. Bl. S. 1082, 1084, 1095).

89) In Ansehung der Postreklamationen vgl. Verordn. vom 2. Nov. 1812 (Reg. Bl. S. 1916); vom 28. Apr. 1815 (Reg. Bl. S. 374); 31. Juli 1817 (Reg. Bl. S. 730); 8. August 1810 (Reg. Bl. S. 643). Zu den öffentlichen Verkehrsanstalten gehören auch Straßen, öffentliche Pläze u. dgl.

90) Die angef. Verordn. vom 17. Dec. 1825 §. 34.

91) Heerergänzungsgesez vom 15. Aug. 1828 §§. 23, 36 vgl. mit der Verordnung vom 17. Dec. 1825 §. 26 (Reg. Bl. S. 1066).

92) Die angef. Verordn. §. 89 (Reg. Bl. 1825 S. 1106).

93) Die angef. Verordn. §. 23 (Reg. Bl. S. 1064).

94) Verordn. die Formation der Ministerien betr. vom 9. Dec. 1825 §. 69 (S. 1000 des Reg. Bl.) vgl. mit der angef. Verordn. vom 17. Dec. 1825 §. 25 (Reg. Bl. S. 1065).

95) Die angef. Verordn. §§. 89, 93, 97, 98. — Vergl. die Verordnung vom 13. Aug. 1806 (Reg. Bl. S. 301). v. Schelhaß im Magazin Bd. I S. 184.

96) Gesez über die Einführung der Landräthe vom 15. Aug.

Distrikts- [97]), Gemeindeumlagen [98]), und zur Leistung von öffentlichen Diensten, insbesondere von Kriegs- und überhaupt Waffendiensten [99]) und den s. g. Staats- und Gemeindefrohnden [100]); nicht minder die Verbindlichkeit, sich denjenigen Aufopferungen und Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit oder seiner Vermögensrechte zu unterwerfen, welche aus Rücksichten der allgemeinen Sicherheit, Sittlichkeit und Wohlfahrt von den Regierungsbehörden verfügt werden [101]).

1828 §. 2, 24 vgl. mit dem Finanzgesez vom 29. Dec. 1831 §§. 20 ff.

97) Gesez über Distriktsumlagen vom 11. Sept. 1825. §. 8.

98) Gesez über Gemeindeumlagen vom 22. Juli 1819 Art. IX, XIV.

99) S. oben Not. 87. — In Ansehung der Landwehr, S. die Verordnung vom 17. Dec. 1825 §. 33 (Reg. Bl. S. 1069).

100) Die angef. Verordn. vom 17. Dec. 1825 §§. 27, 65 (Reg. Bl. S. 1066, 1093) vergl. mit dem Gesez über die Gemeindeumlagen vom 22. Juli 1819 Art. I und dem Gesez vom 11. Sept. 1825 §. 10.

101) Verordn. vom 14. Aug. 1815 (Reg. Bl. S. 725 ff. Nr. 3, 4) vgl. mit Tit. IV §. 8 der Verf. Urk. — Unter diesen Gesichtspunkt gehört insbesondre der Einfluß, welchen die allgemeine Landespolizei auf die persönliche Freiheit und die Vermögensrechte der Einzelnen äussert. Vergl. die Verordn. vom 17. Dec. 1825 §§. 57 ff. (Reg. Bl. S. 1086 ff.). — Eine Verordnung vom 11. Jänner 1768 (Mayr Gen. S. II, S. 810) hatte bestimmt: Daß in Zukunft alle Polizeisachen, wo ein legitimus contradictor auftrete (s. oben im Texte lit. b), den casibus juris perpetui et realis gleichgeachtet, und von den Justizdikasterien entschieden werden sollen. — Aber schon im J. 1799 (Mayr G. S. VI, 121) wurden andre Grundsäze aufgestellt: „Daß die in Polizeisachen entstehenden Streitigkeiten zwischen den Handwerken, und sonst über einen das Publikum vorzüglich interessirenden Gegenstand, niemals mehr ad forum civile contentiosum gezogen werden sollen" — und in der Verordnung vom 8. Okt. 1804 (Novellensammlung I S. 89—91)

In allen den angeführten Regierungssachen kann es sich von Streitfragen handeln, die zwar dem Rechtsgebiete nicht fremd, aber in dem Wirkungskreise der Civilgerichte, in der Kathegorie der Civilprozeßsachen nicht begriffen sind. Die Streitfrage kann obwalten

a) zwischen den Betheiligten und der Staatsregierung;

b) zwischen mehrern einander gegenüber stehenden Interessenten, Einzelnen oder Korporationen.

Das Erstere ist z. B. der Fall, wenn die Organe der Staatsregierung die von einem Staatsgenossen behauptete Wählbarkeit oder Wahlfähigkeit nicht anerkennen, und die Aufnahme seines Namens in die Liste der Wählbaren oder Wähler verweigern; oder wenn durch einen Beschluß einer Verwaltungsbehörde einem Individuum das Indigenat, das Staatsbürgerrecht, das Bürger- oder Heimathsrecht in einer bestimmten Gemeinde abgesprochen, oder wenn ihm die Ansässigmachung, die Verehelichungserlaubniß [102]), die Konzession zur Betreibung eines

wurde allgemein ausgesprochen, daß es den Gerichten nicht zukomme, in Polizeisachen Beschwerden der Betheiligten unter dem vorgeblichen Titel eines verlezten Privatrechts anzunehmen, und darüber gegen die Polizeistellen Prozesse einzuleiten, „wodurch die Polizeigewalt in allen ihren Verrichtungen gehemmt, und selbst die Vollziehung aller Polizeiverfügungen und Verordnungen in den einzelnen Fällen „vereitelt würde.“

102) Die Ertheilung der Verehlichungserlaubniß, des Verkündscheines, ist immer Sache der Polizeibehörde. Diese darf ihn aber nicht ertheilen, wenn — z. B. in dem mangelnden Konsens der Eltern oder Vormünder, oder in dem Mangel der gesezlichen Fürsorge für die Kinder erster oder voriger Ehe — privatrechtliche Hindernisse im Wege stehen — Die Verhandlungen über die Beseitigung dieser Hindernisse sind Civilprozeßsache. — Die Vorschrift mancher Partikulargesezgebungen, nach welcher vor gerichtlicher Fertigung

Gewerbes verweigert, oder überhaupt eine bestimmte Beschäftigung untersagt, ein Nahrungszweig entzogen; — oder wenn ein Staatsgenosse in der Wahl des Glaubens beschränkt, die Hausandacht verwehrt, oder ein Religionstheil im Eigenthum oder Genuß seiner Kultus-, Unterrichts- oder Wohlthätigkeitsstiftungen, den Bestimmungen der Stiftungsurkunde zuwider, beeinträchtigt zu seyn behauptet [103]), oder wenn die kirchlichen Beamten oder Kirchengemeinden Beschwerde darüber führen, daß die geistliche Gewalt in ihrem Wirkungskreise gehemmt worden, oder daß die weltliche Regierung sich in Gegenstände der Religionslehre und des Gewissens eingemischt; — oder wenn ein Schriftsteller, Buchhändler, Buchdrukker an dem konstitutionellen Rechte durch Censur oder Beschlagnahme gekränkt zu seyn behauptet [104]); — oder wenn Jemand wegen Ausschließung von einer Unterrichtsanstalt, wegen Zurückweisung von einer öffentlichen Wohlthätigkeitsstiftung, wegen Verkürzung in der Benüzung der Postanstalt Abhülfe sucht; — oder wenn eine Prägravation hinsichtlich der Staatslasten, oder eine Beeinträchtigung der Auswanderungsbefugniß in Frage ist. — Die Beschwerdeführung ist gleichfalls gegen die Staatsregierung, als solche, gerichtet, wenn sie den Vollzug der staatsrechtlichen Gesezesvorschriften über die den Standesherrn und adeligen Gutsherrn zur Ausübung ver-

von Ehepakten der Verkündschein nicht ertheilt werden sollte, ist durch die Bestimmung des §. 8 des Gesezes v. 11. Sept. 1825, die Ansässigmachung und Verehlichung betr. aufgehoben.

103) Es handelt sich nicht von privatrechtlicher Geltendmachung der fraglichen Eigenthums- und Nuznießungsrechte, sondern von Abwehrung derjenigen Eingriffe, welche von der Staatsregierung, in ihrer Eigenschaft als Stiftungsoberkuratel, oder zufolge des jus eminens versucht werden möchten.

104) Beil. III zur Verf. Urk. §§. 4—9.

liehenen Hoheitsrechte zum Gegenstande hat [105]; oder wenn sie die Anforderung einer Staatsabgabe oder einer Kreis-, Distrikts- oder Gemeindeumlage, oder öffentliche Dienste, wie den Waffendienst oder Staatsfrohnden, oder die zum Zwecke eines Strassen- oder Festungsbaus verlangte Abtretung eines Grundstücks, oder die aus Rücksichten der Gesundheitspolizei verfügte Absperrung eines Ortes oder Hauses betrifft.

In allen diesen Fällen handelt es sich von Geltendmachung eines Rechtes, und es wird die abhelfende Einschreitung der Staatsgewalt auf dem Grunde von Rechtsnormen [106] begehrt. Aber die geltend gemachten Rechte sind keine Privatrechte, oder es fehlt [107] an einem andern Merkmale der Civilprozeßsachen, nemlich an dem im entgegengesezten Interesse betheiligten Gegner. Die Entscheidung der Streitfrage hängt von Normen des öffentlichen Rechts [108], in manchen Fällen auch von Rücksichten der Staatsklugheit, Staatswirthschaft oder von polizeilichen Erwägungen ab. — Der vermeint-

105) Vergl. unten VI Nr. 4.

106) Sey es auch, daß der Beschwerdeführer sich nur auf Tit. IV §. 8 der Verfassungsurkunde beruft.

107) Von Geltendmachung eines Privatrechts handelt es sich allerdings, wenn die Abtretung von Grundstücken zu öffentlichen Zwecken in Frage; eben so wenn Privilegien aus Rücksichten des Gemeinwohls aufgehoben; oder wenn die Polizeigewalt die Ausübung der Eigenthums- und Servitutrechte aus dem Standpunkte der öffentlichen Sicherheit oder Wohlfahrt Beschränkungen unterwirft. — Gleichwohl ist in allen diesen Fällen keine Civilprozeßsache vorhanden. S. aber Abth. VI Nr. 1.

108) Dies ist indessen kein Unterscheidungsmerkmal. Auch in Civilprozeßsachen, auch in Privatrechtsstreiten können staatsrechtliche Normen zur Anwendung kommen. S. unten VI Nr. 1. Vergl. auch oben III a. E.

lich Beschwerte kann Abhülfe (von der Entschädigungsfrage s. unten VI nr. 1) nicht auf dem Rechtswege suchen[109]); die Verwaltungs-Oberbehörde ist es, an die er

109) Weder durch eine petitorische noch durch eine possessorische Klage. — Mit gutem Grunde wurde daher von der Staatsregierung in den Fällen, in welchen die gutsherrliche Gerichtsbarkeit, in deren Besiz sich adelige Gutsherrn befanden, auf dem Grunde des §. 28. oder andrer Bestimmungen der VI. Beilage zur Verf. Urk. als ungesezlich aufgehoben resp. eingezogen worden, die Einlassung auf den Rechtsweg, insbesondre auf die erhobenen Spolienklagen, verweigert. — In dem faktischen Einschreiten der Regierungsbehörden, in ihrer Weigerung, die Kompetenz der Gerichte anzuerkennen, fand die Ständeversammluug von 1828 inee formelle Verlezung konstitutioneller Rechte. Aber 1) die Handhabung der grundgesezlichen Bedingungen der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit gehört nicht zu dem Wirkungskreise der Gerichte, sondern zu dem der Regierungsbehörden. Indem leztere die zu ihrer Verwaltungssphäre gehörigen Hoheitsrechte handhabt, geht dem Vollzuge, gerade wie bei der Rechtspflege, eine Subsumtion unter das Gesez voraus. Nicht darin besteht der Unterschied, daß die Justizgewalt richte, die Regierungsgewalt vollziehe, sondern in der Verschiedenheit der Hoheitsrechte, welche von dieser oder jener gehandhabt werden. Wenn 2) die Regierung in ihrer Amtssphäre, ohne die Gerichte zu fragen, in Privatrechte eingreift, so kann man deswegen nicht sagen, daß sie via facti verfahre, sofern sie nämlich durch diese Einschreitungen nicht das Staatsvermögen auf Kosten der Privaten bereichern will. Ist dies nicht der Fall, und gehört der Gegenstand zum Wirkungskreis der Regierungsbehörden, so wird durch jenes faktische Einschreiten die via facti in keinem andern und schlimmern Sinne betreten, als bei dem Vollzuge eines von der Justizbehörde gefällten Urtheils. Freilich hat die gutsherrliche Gerichtsbarkeit nicht blos die Natur eines staatsrechtlichen Privilegiums, sondern auch die eines nuzbringenden Vermögensrechtes, und die fragliche Einschreitung der Regierungsgewalt hat zugleich das Vermögen des Staates vermehrt, indem sie das der Privaten verminderte. — Aber

sich wenden muß. Hat er alle Instanzen der Verwaltungshierarchie ohne Erfolg durchlaufen, so bleibt ihm noch, sofern die Verlezung eines konstitutionellen Rechtes in Frage ist, nach Tit. X §. 5 der V. U., die Beschwerdeführung bei der Ständeversammlung übrig. Unter konstitutionellen Rechten sind aber nicht blos diejenigen zu verstehen, welche in der Verfassungsurkunde oder in deren Beilagen anerkannt oder begründet, und nicht dem Schuze der Gerichte anvertraut sind. Vielmehr ist eine Verlezung solcher Art überall anzunehmen, wo den Entscheidungen der Administrativbehörden gesezwidrige Vordersäze zu Grunde liegen, wo willkührliche den Gesezen zuwiderlaufende Normen aufgestellt und angewandt sind, und diese dadurch, daß das angerufene Ministerium keine Abhülfe gewährt, gleichsam die Sanktion einer allgemeinen Vorschrift erhalten haben [110]. Die staatsrechtliche Begründung dieser Säze [111] liegt ausser der Sphäre des Civilprozesses.

dieser zweite Gesichtspunkt ist nur der sekundäre; nicht aus diesem finanziellen, mit welchem es die Regierung (Kammer und Ministerium des Innern) gar nicht zu thun hat, sondern lediglich aus dem staatsrechtlichen sind die Verfügungen und Einschreitungen hervorgegangen, wegen welcher die betheiligten Gutsherren Beschwerde geführt hatten. Vgl. meine Bemerkungen über Beschwerdeführung wegen Verlezung konstitutioneller Rechte im bayerischen Volksblatt 1829 Nr. 42. — Vergl. indessen das Gesez vom 1. Juli 1834, die Vindikation der Gerichtsbarkeiten betr. S. auch Döllinger's Verordnungsgsammlung Bd. II S. 295 – 302.

110) Die Beschwerdeführung bei der Ständeversammlung gegen Verfügungen und Entscheidungen der Verwaltungsstellen findet nicht statt, wenn sich der Betheiligte nur über eine unrichtige Beurtheilung des Faktums oder über einen Subsumtionsfehler beschweren kann.

111) Vergl. Tit. IV §§. 8 ff. mit Tit. VII §. 2 der Verf. Urk. — S. auch Rudhart in den Verhandl. der Kammer der Abgeordn. v. 1828 Bd. XIV S. 560, 561, 565; XVI S. 648.

Gleiche Grundsäze gelten in dem zweiten Falle, wenn nämlich in einer Regierungssache unter mehrern einander gegenüber stehenden Interessenten (einzelnen oder moralischen Personen) über Rechte, die zum Gebiete des Staatsrechts gehören, oder wegen kollidirender Interessen gestritten wird, und die Verwaltungsbehörde zu Gunsten des Einen oder Andern entschieden hat; — z. B. wenn die Gesezmäßigkeit einer Landtags- oder Gemeindewahl bestritten wird, und jede von mehrern Personen gewählt zu seyn behauptet; oder wenn ein Individuum darüber Beschwerde führt, daß ihm von Seite einer Gemeinde die Anerkennung seines Lokalbürger- oder Heimathsrechtes oder die auf dem Grunde desselben zukommende Alimentation [112]) verweigert werde; oder wenn ein Ansässigmachungs- oder Verehlichungsgesuch von Seite der Gemeinde oder andrer Betheiligten Widerspruch findet; oder die Verleihung einer Gewerbskonzession von Seite der bereits vorhandenen Meister angefochten, oder über Handwerkspfuscherei oder Ueberschreitung der Grenzen eines bestimmten Gewerbes und Eingriff in die Sphäre eines andern Klage geführt wird [113]); — ferner wenn ein Mißbrauch der geistlichen Gewalt gegen einzelne Staatsgenossen in Frage oder der Genuß von allgemeinen Unterrichts- oder Wohlthätigkeitsfonds, z. B. Stipendien, Gegenstand des Streites zwischen mehreren Kompetenten ist [114]), oder eine Streitverhandlung über die Repartition gewisser Staatsabgaben, Umlagen oder öffentlicher Dienste, resp. über die Beitragspflicht Einzel-

112) S. Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 316 §. 134.

113) Vergl. unten VI Nr. 7. — Vergl. v. Schelhaß im Magazin des bayer. Staats- und Privatrechts Bd. I S. 178.

114) Der Anspruch auf Familienstipendien gehört zu den Familienrechten, und kann allerdings eine Civilprozeßsache begründen. S. unten Abth. VI Nr. 8.

ner[115]), zur Entscheidung vorliegt; oder wenn der Vollzug einer polizeilichen die Ausübung der persönlichen oder Vermögensrechte beschränkenden Vorschrift von demjenigen, der an der Beobachtung ein Interesse hat, gegen den Uebertreter beantragt wird[116]).

Wenn nun gleich in den meisten dieser Fälle die Geltendmachung von Rechten, und in dem lezterwähnten auch die Ausübung von Privatrechten in Frage ist, so kann doch gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht das Civilgericht angerufen, sondern nur der Rekurs an die Verwaltungs-Oberbehörden ergriffen[117]), und wenn auch dieser ohne Erfolg geblieben, unter den oben angegebnen Voraussezungen, bei der Ständeversammlung Beschwerde geführt werden.

VI.

E. Rechtssachen, welche nach verschiednen Beziehungen als Civilprozeß — oder als Verwaltungssachen erscheinen[118]).

1) Im vorigen Abschnitte wurde der Grundsaz aufgestellt, daß wegen Entziehung, Schmälerung, Beschränkung der persönlichen und Vermögensrechte, welche gegen einzelne Staatsgenossen (physische und moralische Per-

115) Vergl. indessen oben Note 44. — S. auch Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 312 §. 130.

116) Z. B. der Vollzug einer Verordnung aus der Sphäre der Bau-, Mühlen-, Flußpolizei; s. unten VI, Nr. 11, 12, 13. — Zu den Verwaltungs(Polizei)sachen gehören auch Streitigkeiten über die Benüzung öffentlicher Pläze, Straßen, Wege u. s. w.

117) Ueber die Zuläßigkeit eines Rekurses an die dritte Instanz (das Staatsministerium des Innern resp. den Staatsrath) bestehen für die einzelnen Arten von Fällen besondre Gesezesvorschriften. Vgl. Rescript des Minist. des Innern vom 6. Febr. 1836 (Rezatkreis-Intelligenzblatt vom 27. Febr. 1836) Bei einer contra jus in thesi verstoßenden Verfügung kann von dem Staatsministerium überall Abhülfe gewährt werden.

118) Vergl. auch oben die Noten 80, 102, 103, 114, 116.

sonen) von den Regierungsbehörden aus Rücksichten der öffentlichen Sicherheit und Wohlfahrt verfügt werden, desgleichen wegen Anforderung von Staatsabgaben, Umlagen, persönlichen Diensten zu öffentlichen Zwecken, die Civilgerichte von den Betheiligten um Abhülfe, d. h. um eine Einschreitung, durch welche der Vollzug jener Verfügung, die Verwirklichung dieser Anforderung gehindert oder verzögert oder rückgängig gemacht würde, nicht angerufen werden können [119]. Anders verhält es sich aber, wenn nicht Abhülfe verlangt wird, wenn die Reklamation nicht darauf gerichtet ist, den Vollzug der von der Administrativbehörde ausgegangenen Verfügung zu

119) Man kann nicht sagen, daß dieser Grundsaz allgemeinen Rechtens in Deutschland sey. Das Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel hat in einem Urtheil vom 23. April 1823 folgende Entscheidungsgrundsäze aufgestellt: 1) Die Verfügungen einer obern Landespolizeibehörde sind alsdann der gerichtlichen Entscheidung unterworfen, wenn die Verpflichtung zu den dadurch in Anspruch genommenen Leistungen bestritten wird. Die Polizei ist der Justiz so oft unterworfen, als sie mit Privatrechten in Kollision kömmt. 2) Die Polizei ist im Falle der Rechtshängigkeit nicht einmal zu einer provisorischen Anordnung, wodurch die streitigen Rechte berührt werden, befugt, sondern sie muß solche vom Gerichte zu erlangen suchen; und 3) auch bereits vor der Rechtshängigkeit von der Polizei gemachte Verfügungen dieser Art können von dem dadurch Beschwerten zum Gegenstande einer richterlichen Entscheidung gemacht werden. — S. Waldeck Kontroversenentscheidungen des Oberapp. Ger. zu Wolfenbüttel Th I, Nr. V u. VI. — Auch das neueste im Königreich Sachsen ergangene Gesez vom 28. Jan. 1835: „über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz= und Verwaltungsbehörden," so wie die herzogl. meiningische Verordnung über diesen Gegenstand vom 16. Juni 1829 — haben über manche Streitpunkte, die in Bayern und andern Staaten an die Verwaltungsbehörden gehören, den Gerichten die Verhandlung und Entscheidung zugewiesen.

hemmen, oder die Wiederherstellung des vorigen Zustandes mit Aufhebung des fraglichen Regierungsdekretes zu erwirken; sondern wenn der Betheiligte nur Ersaz des Schadens begehrt, welcher ihm durch die verfügte und vollzogene Entziehung, Schmälerung, Beschränkung seiner persönlichen oder Vermögensrechte zugegangen ist; oder wenn eine schon geleistete Abgabenzahlung aus Gründen zurückgefordert wird, deren Würdigung nicht blos auf Anwendung der Finanzgeseze beruht. Es finden sich

a) bei Entschädigungsforderungen der fraglichen Art alle Merkmale der Civilprozeßsachen [120]. — Es ist Geltendmachung eines Privatrechtsverhältnisses, wenn zur Vergütung erlittenen Schadens eine Geldleistung gefordert wird (s. oben III, 2, b); die Forderung ist gegen die Staatskasse — also, da es sich beiderseits von einer Geldfrage handelt, wider einen in entgegengeseztem Interesse betheiligten Gegner gerichtet; die gerichtliche Hülfe wird auf dem Grunde von Rechtsnormen angerufen, indem der Streitpunkt gerade darin besteht, ob einer der gesezlichen Gründe der Verbindlichkeit zum Schadensersaze gegeben sey oder nicht. Allerdings ist es eine staatsrechtliche Frage, ob und inwieferne die Staatskasse Entschädigung zu leisten verbunden sey, wenn Rechte der Staatsgenossen entweder durch neuere Geseze geradezu ganz oder theilweise aufgehoben oder in ihrer Ausübung beschränkt, oder wenn den Einzelnen solche Aufopferungen und Beschränkungen kraft der gesezlichen Befugnisse der Regierungsgewalt aus Rücksichten des öffentlichen Wohls aufgelegt werden [121]. Aber es wurde bereits

120) Klüber die Selbstständigkeit des Richteramtes 1832 S. 138 ff.

121) Diese Frage ist hinsichtlich der Abtretung des Privateigenthums für öffentliche Zwecke durch die Verordnung vom 14. Aug. 1815 (Reg. Bl. S. 725 Nr. 3 — 5) vergl. mit Verf. Urk. Tit. IV §. 8 dahin entschieden, daß vor der Voll-

bereits oben gezeigt, daß die Entscheidung von Privatrechtsstreiten auch auf Anwendung von Normen des öffentlichen Rechtes beruhen können, und daß zwar die Geltendmachung von „Privatrechtsverhältnissen," keineswegs aber die ausschließende Anwendung von „Privatrechtsnormen" zu den wesentlichen Merkmalen der Civilprozeßsachen gehören. — Der Fiskus hat in solchen Fällen nicht den Gesezgebungs- oder Regierungsakt selbst, — sondern nur die privatrechtlichen Folgen desselben — in einem Privatrechtsstreite zu vertreten [122]. Dem zufolge kann für alle Entschädigungsforderungen solcher Art die Zuständigkeit der Gerichte nicht bezweifelt werden [123].

Eben so wenig läßt sich dieselbe b) unter der oben angegebenen Voraussezung — bei Rückforderung von Abgabenzahlungen bestreiten, z. B. wenn der Kläger behauptet, er besize das Gut gar nicht, von welchem er die Steuer zahlen mußte; oder er habe aus Versehen der Behörde für einen Andern Steuer zahlen müssen; oder er habe dieselbe Steuerschuld zweimal entrichtet; oder wenn

Vollziehung der durch die administrative Behörde erkannten Abtretung des in Frage stehenden Privateigenthums — die dafür gebührende vollständige Entschädigung, in soweit ihm dieselbe gerichtlich wird zuerkannt werden, obrigkeitlich zugesichert werden müsse.

In Ansehung der durch die konstitutionellen Edikte vom J. 1808 aufgehobenen Rechte der Privaten war durch die Verordnung vom 6. Jänner 1809 (Reg. Bl. S. 97) bestimmt worden: „Daß ohne ausdrückliche Festsezung eines Ersazanspruchs keine Entschädigung stattfinde."

122) Unrichtig stellt man, um die Kompetenz der Civilgerichte (in Fällen solcher Art) zu bestreiten, den Saz auf: Akte der Staatsgewalt (Souveränität) habe der Fiskus nicht zu vertreten.

123) S. die oben Note 121 angeführte Verordn. vom 14. Aug. 1815.

Erhebungen der Staatskasse später — etwa von einem Standesherrn oder einer Gemeinde — unter dem Vorbringen reklamirt werden, dieselben seyen nicht zu den Staatsabgaben zu rechnen und mit Unrecht in die Staatskasse geflossen [124]). — Liegt hingegen der Zurückforderung nur eine Differenz über die sachlichen Voraussezungen der Steuerpflicht [125]), entweder überhaupt oder in Betreff der Größe der geleisteten Zahlung, in der Art zu Grunde, daß nichts als die richtige oder unrichtige Anwendung eines Finanzgesezes in Frage ist, so ist nicht eine Civilprozeß-, sondern eine Finanzsache vorhanden, über welche die Entscheidung den Finanzbehörden zusteht.

2) Die unter nr. 1 lit. a vorstehende Erörterung betrifft Entschädigungsforderungen an die Staatskasse, deren faktische Begründung lediglich darauf beruht, daß dem Kläger von Seite der Staatsgewalt, durch Entzie-

124) Vergl. Hofacker Jahrbücher der Gesezgebung und Rechtspflege Bd. I H. II Nr. XII. Vergl. Schunk's Jahrbücher Bd. II S. 293.

125) Vergl. Moriz Nov. Samml. IV S. 94. Z. B. der Reklamant behauptet, er habe die Stempelgebühr in einer Sache zahlen müssen, welche stempelfrei hätte behandelt werden sollen. — Abweichend von obigem Grundsaze bestimmt das Gesez vom 15. Aug. 1828, die Zollordnung betr. §. 35: „In Differenzen zwischen den Zollpflichtigen und Zollbeamten über die Anwendung der Zolltarife und die Entrichtung des Zollsazes steht, wie bisher, die Entscheidung der oberen Zolladministration und im Wege des Rekurses, dem Staatsministerium der Finanzen ausschließend zu. — Diese Beschlüsse unterliegen alsbald dem Vollzuge; jedoch bleibt demjenigen, welcher glaubt, daß ihm eine widerrechtl. Zahlung aufgebürdet worden sey, unbenommen den Rechtsweg zu ergreifen, und den Gegenstand der richterlichen Entscheidung zu unterstellen.“ — Aber diese Bestimmung von dem Vorbehalt des Rechtswegs ist in die Vereinszollordnung vom 22. März 1833 (Reg. Bl. S. 1149 §. 179) nicht übergegangen.

hung, Schmälerung, Beschränkung eines Privatrechtes, ein Vermögensschaden zugefügt worden. Von widerrechtlichen Rechtsverlezungen ist hier nicht die Rede. — Ein verschiedner Fall ist es, wenn der Kläger behauptet, die Verwaltungsbehörde (oder ein einzelner Beamter, Officiant, Amtsdiener) habe durch die Beeinträchtigung seiner individuellen Rechte dem Geseze zuwider gehandelt und die amtliche Befugniß überschritten, und diese Gesezwidrigkeit begründe die Verbindlichkeit zum Schadensersaze [126]). — Ob und inwiefern Klagen aus solchem Grunde gegen die Staatskasse, oder ob sie überhaupt nur oder doch zunächst gegen den Beamten stattfinden, von welchem der angeblich gesezwidrige Eingriff in das Rechtsgebiet des Klägers ausgieng? — ist eine Frage, deren Beantwortung nicht hieher gehört [127]). Wohl aber ist zu bemerken:

a) daß Entschädigungsforderungen der fraglichen Art zweifellos zur Kathegorie der Civilprozeßsachen gehören; daß jedoch

126) Eigenthümliche Grundsäze gelten von den Fällen, wenn der Richter in Ausübung des Richteramtes die Parthei durch Pflichtwidrigkeiten beschädigt hat (si judex litem suam fecerit); oder wenn die Beschädigung durch Pflichtwidrigkeiten in Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondre in solchen Verhältnissen zugefügt wurden, in welchen zwischen der Obrigkeit und den Betheiligten ein Vertrags- oder vertragsähnliches Verhältniß stattfindet, z. B. bei dem Vormundschaftsdepositenwesen. — Es versteht sich von selbst, daß die hieraus erwachsenden Entschädigungsforderungen Civilprozeßsachen sind; auch bedarf es hier keines Ausspruchs der Gesezwidrigkeit von Seite der vorgesezten Behörde.

127) Ueber die Haftung, wenn die den Gerichten anvertrauten Depositengelder von dem Beamten unterschlagen wurden, vergl. Pfeiffer prakt. Erört. II Nr. XII. Mittermaier im Arch. f. c. Pr. XII S. 407. Sundheim prakt. Rechtsfragen 1827 Nr. I.

b) die Beurtheilung der Gesezmäßigkeit der fraglichen Amtshandlung den Gerichten nicht zukomme. Vielmehr hat der Betheiligte hierüber den Ausspruch der vorgesezten Regierungsstellen zu erholen [128]. — Ist

α) von diesen die Gesezwidrigkeit anerkannt, so steht der Entschädigungsklage in dieser Beziehung nichts im Wege. Ist

β) die Gesezmäßigkeit von der höchsten Instanz, an welche der Betheiligte ausser dem Rechtswege

128) Mittermaier im Arch. f. c. Pr. Bd. XII S. 407, Pfizer über Verwaltungsjustiz S. 173. — Dieser Grundsaz ist ganz sachgemäß entwickelt, in dem Rescripte des Justizministeriums, am 31. März 1825 an das Oberappellationsger. ergangen, abgedruckt in Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 285. — In einem andern Falle (bei Döllinger a. a. O. S. 318) handelte es sich von einer Entschädigungsklage gegen einen Forstgehülfen wegen eines todtgeschossenen Hundes. Der erhobene Kompetenzkonflikt wurde von dem Staatsrathe am 24. März 1825 dahin entschieden: „Daß zwar der vorliegende Fall als Justizgegenstand zur Kompetenz der Justizstelle geeignet erkannt „sey, solche Klage jedoch nicht eher gestellt und angenommen werden könne, bevor nicht über die Präjudizialfrage, ob der Forstgehülfe bei dieser Handlung in den „Grenzen seiner Dienstpflicht und Befugniß sich gehalten, „oder dieselbe überschritten und sonach sich eines Excesses „im Dienste schuldig gemacht habe, entschieden seyn wird.“ — Diese Entscheidung war materiell vollkommen richtig; in formeller Hinsicht ist aber dagegen zu bemerken, daß der Ausspruch darüber, unter welchen Voraussezungen in einer, als solche anerkannten, Civilprozeßsache die Klage anzunehmen und zur Verhandlung auszusezen oder angebrachtermassen abzuweisen sey, dem zuständigen Gerichte zusteht, ohne daß darüber bei Entscheidung des Kompetenzkonflikts präjudizirt werden kann. Diese hat sich vielmehr lediglich auf die Frage zu beschränken, ob eine Civilprozeßsache vorhanden oder nicht? —

sich wenden kann, ausgesprochen, so wird die Entschädigungsklage, was diesen Klagegrund betrifft, definitiv abzuweisen seyn. Wenn hingegen

γ) der Betheiligte nicht anführt, daß er es auf allen Wegen aussergerichtlicher Beschwerde [129]) bereits versucht, so ist die Abweisung der Klage in der Art, wie sie angebracht worden, der Lage der Sache angemessen.

3) Alle dem Inhalte des konstitutionellen Ediktes über die Verhältnisse der Staatsdiener zuwiderlaufenden Verfügungen der Administrativstellen begründen als Civilrechtsverlezungen eine Klage vor dem zuständigen Richter [130]). — Hingegen giebt es keine gerichtlich verfolgbaren Ansprüche auf Beförderung oder Vorrückung in höhere Gehaltsklassen; ebensowenig ein Klagerecht wegen Schmälerung oder Entziehung der Nebenbezüge, oder eine Forderung von Gehaltsmehrung, oder auf Vergütung für Haltung von Gehülfen bei eingetretener Mehrung der amtlichen Geschäfte [131]); auch kann der Staatsdiener für die Nachtheile, welche ihm aus einer Versezung, oder aus der Quieszirung oder Dimission (im Sinne des §. 19 des Ediktes) erwachsen, Schadloshaltung von der Staatskasse nicht verlangen; sofern nur mit der Versezung keine Zurücksezung in Beziehung auf die Diensteklasse oder auf den ständigen Gehalt verbunden, und dem quieszirten oder (in Folge administrativer Erwägung) entlassenen Staatsdiener we-

129) Insbesondre auch auf dem Wege der Beschwerdeführung bei der Ständeversammlung, wenn der Fall dazu geeignet ist.

130) Beil. IX zur Verf. Urk. §. 29. — Vergl. die Verhandl. der Kammer der Abgeordn. von 1831 Beilage LXXI.

131) Der Ausspruch über die Nothwendigkeit des Gehülfen ist jedenfalls nicht Sache des Richteramtes, sondern der im Dienstorganismus vorgesezten Behörde. Nur wenn Authorisation von Seite der Lezteren vorliegt, ist die Klage auf Vergütung begründet.

der der Titel entzogen noch der Standesgehalt geschmälert werden will [132]).

Auch der Anspruch auf Alimentation auf dem Grunde des §. 4 Abs. 3 des Ansässigmachungsgesezes vom 11. Sept. 1825 ist nicht zur gerichtlichen Einklagung geeignet [133]).

4) Die Patrimonialgerichtsbarkeit hat neben der Eigenschaft eines verliehenen Hoheitsrechts auch die eines nuzbaren Vermögensrechtes. In dieser lezteren Beziehung gehört sie zu den Privatrechtsverhältnissen (s. oben Note 43) und zu den Gegenständen des Civilprozesses (vergl. oben V nr. 3 und Note 109 Verordn. v. 9. Dec. 1825, die Formation der Ministerien betr. §. 69).

5) Ueber die Beitragspflicht hinsichtlich der Gemeindeumlagen entscheidet die Verwaltungsstelle. Wird es aber hierbei streitig, zu welcher Gemeindemarkung z. B. ein Wald gehöre, so ist die Entscheidung dieses Streites, wenn kein Vergleich zu Stande kömmt, an die Gerichte zu verweisen [134]).

Bei Bestimmung der Beitragspflicht und des Beitragsmaßstabes haben die zuständigen Verwaltungsstellen auch auf etwa unter den [135]) Betheiligten geschlossene Verträge Rücksicht zu nehmen; allein nur insofern, als

132) Vergl. §§. 19, 20 der angef. Beilage. S. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 1831 Beil. Bd. XII Beil. LXXI, insbesondere 54, sodann den Bd. XXVI der Verh. Prot. 148 S. 99—130.

133) S. Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 317 §. 135. — S. jedoch Rezatkreis-App. Ger. Erk. vom 5. Aug. 1831 W. 839 $^{28}/_{29}$.

134) Gesez vom 22. Juli 1819 die Gemeindeumlagen betr. Art. II.

135) Von Verträgen sind aber die Gemeindebeschlüsse zu unterscheiden, von welchen das Gesez vom 22. Juli 1819 im Art. VI spricht. Gültigkeit und Wirkungen der Leztern zu beurtheilen, ist Verwaltungssache.

über die vertragsmäßigen Rechte und Verbindlichkeiten kein Streit obwaltet; ist dieses der Fall, so wird die Beitragsschuldigkeit in der Art bestimmt, als ob ein Vertrag nicht vorläge, und den Betheiligten vorbehalten, ihre vermeinten Vertragsrechte vor dem zuständigen Gerichte besonders auszutragen [136].

6) Die Theilnahme der Einzelnen an der Benüzung der öffentlichen Verkehrsanstalten, insbesondere der öffentlichen Pläze, Strassen und Wege zu regeln und über die desfallsigen Ansprüche zu entscheiden, ist Sache der Verwaltungsstellen. — Insofern aber diese Benüzung besondere Vermögensvortheile gewährt, können darüber Privatrechtsverhältnisse zwischen dem Staat oder der betreffenden Gemeinde und einzelnen Staats- oder Gemeindeangehörigen, z. B. durch Verleihung, Vertrag, Besiz, Verjährung entstehen, und diese Gegenstand eines vor die Gerichte gehörigen Civilprozesses werden [137].

7) Eine Regierungssache ist es, die Benüzung der Kirchenstühle durch die Gemeindeglieder zu beaufsichtigen und darüber entstehende Streitigkeiten zu entscheiden. Wo aber die Kirchenstühle in Zeit- oder Erbmiethe gegeben oder mit dem Besize einer Realität verbunden sind, da können Prozesse über diesen Gegenstand, als Civilprozeßsachen, vorkommen. — Immer aber bleibt es der Oberaufsichtsbehörde vorbehalten, über die Grenzen und die Fortdauer der Verleihung im allgemeinen Interesse der Kirchengemeinde geeignete Verfügungen zu treffen [138]. — Gleiche Grundsäze gelten von Erbbegräbnissen.

136) Vergl. Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 311—12 §§. 129, 130.

137) Vergl. die Entscheidung des Kompetenzkonfliks zwischen dem Stadtgericht und dem Magistrat zu Ansbach, die Vermiethung von Meßbuden betr., in Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 310.

138) Verordn. vom 6. August 1815 (Moriz II S. 73) vergl.

8) Die Aufsicht auf die Verleihung von Familienstipendien ist Verwaltungssache. Die Regierungsbehörden wachen darüber, daß der Wille des Stifters vollzogen werde, die Verleihung nach Bestimmung desselben geschehe. Ist die Verleihung von einer Würdigkeits- oder Dürftigkeitsprüfung abhängig gemacht, so ist das Urtheil darüber, ob der Kompetent den Anforderungen genügt habe, oder welcher von mehrern Kompetenten der Würdigere oder Dürftigere sey, Sache der Kollatoren, beziehungsweise der Oberkuratel. Gleichfalls ausser der Zuständigkeit der Gerichte liegt die Frage, wenn sie die Anwendung von Verordnungen betrifft, welche etwa gegen die Kumulirung von Stipendien bestehen. Handelt es sich aber nur davon, ob der Kompetent nach seiner Abstammung oder nach der Nähe des Grades zum Genusse gerufen sey, so liegt eine reine Civilprozeßsache vor. Der Berechtigte kann gegen die Kollatoren, wie der Legatar gegen die Testamentsvollstrecker, auf die Verleihung und Auszahlung bei den Gerichten Klage erheben. Dabei macht es keinen Unterschied, daß vielleicht die Aufsichtsbehörde bereits gegen die Verleihung entschieden hat. Denn die Oberkuratel kann der Wirksamkeit bestehender Rechtsverhältnisse nicht in den Weg treten.

9) In reinen Civilrechtspunkten (bestimmt das Gesez vom 11. Sept. 1825 §. 8) gehören Heimathsverhältnisse vor die ordentlichen Gerichte, z. B. wenn über die Verbindlichkeiten aus dem Heimathsverhältnisse ein Vertrag geschlossen worden; oder wenn Personen zuerst einer Gemeinde provisorisch zugewiesen wurden, und diese nun von der andern, welche später als der Heimathsort definitiv anerkannt worden, Ersaz der ausgelegten Alimentationskosten verlangt; oder wenn der Alimentirte später Vermögen erwirbt, und nun von ihm Vergütung des geleisteten Unterhalts begehrt wird.

mit der vom 9. Okt. 1813. S. Brendel's Kirchenrecht ed. II S. 563.

10) Streitigkeiten zwischen zweien oder mehrern Betheiligten über Erwerbung, Veräusserung, Verpachtung oder Verödung von realen oder radicirten Gewerben, so wie über den aus einem Privatrechtstitel 139) hergeleiteten Besitz eines Gewerbsprivilegiums 140) und Gewerbsstreitigkeiten überhaupt, bei welchen der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel (s. Note 139) beruht, eignen sich zur Entscheidung des ordentlichen Civilrichters 141).

Hierüber ist zu bemerken:

a) die Entscheidung der Frage, ob ein Gewerbe die Eigenschaft eines realen habe, ist jedenfalls Sache des Richters. Es handelt sich hier immer von der Anerkennung eines dem Verkehrsleben angehörigen Vermögensrechtes. — Unbedenklich ist die Zuständigkeit des Civilrichters, wenn die obige Frage in einem Prozesse unter mehrern Betheiligten vorkömmt. Wie aber, wenn die Anerkennung der realen Eigenschaft von Seite der Poli-

139) Privatrechtstitel bezeichnet hier den Gegensaz der Verleihung von Seite der Staatsregierung; insbesondere den Titel des Herkommens, der Observanz, der Verjährung.

140) Gewerbsprivilegium bezeichnet die Befugniß zur ausschließenden Betreibung eines gewissen Gewerbszweiges, mag nun diese ausschließende Befugniß einem Einzelnen, oder einem bestimmten Gewerbsvereine zustehen, z. B. wenn es in Frage ist, ob die Seifensieder den Pfragnern den Verkauf von Kerzen verwehren können. Vergl. Nibler in v. ZuRhein's und Sartorius Rechtsfällen Bd. II S. 252, 279.

141) Gesez vom 11. Sept. 1825, die Grundbestimmungen über das Gewerbswesen betr. §. 10 Nr. 3 — vergl. mit Verordn. vom 11. Mai 1819 (Moritz III S. 59). — Vergl. Nibler im Archiv für civ. Pr. Bd. III S. 380, und in v. Zu-Rhein's und Sartorius merkwürdigen Rechtsfällen Bd. II S. 252—281. — Ueber die Kompetenzverhältnisse bei Klagen der Brauhausbesitzer gegen die Wirthe wegen Bierabnahme — s. Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 323.

zeibehörde verweigert wird; wenn diese Anstand nimmt, das fragliche Gewerbe in der angeführten Eigenschaft in die Gewerbsmatrikel einzutragen? — Auch in diesem Falle ist durch die Gerichte zu constatiren, ob dem Gewerbe die mehrgedachte Qualität zukomme [142], und zwar in der Art, daß der Gewerbsinhaber dem Gerichte die Beweise vorlegt, von diesem die Polizeibehörde mit einer Erinnerung gehört und darauf die richterliche Entscheidung ertheilt wird [143]. — Dieses Verfahren ist zwar nicht in einem Geseze vorgezeichnet, aber es hat die Natur der Sache und die Analogie der Bestimmungen der Ger. Ordn. Kap. XIV §. 4 für sich [144].

b) Die richterliche Entscheidung in Gewerbsstreiten kann dem Sieger niemals dazu dienen, dem Vollzug späterer Verordnungen und Verfügungen der Polizeibehörden auszuweichen, durch welche etwa die Ausübung des richterlich anerkannten Gewerbsrechtes aus Rücksichten des Gemeinwohls Beschränkungen unterworfen wird [145].

11) Wenn zwischen mehrern Mühlenbesizern, oder zwischen den Müllern und den Wiesenbesizern [146] Streitigkeiten über die Benüzung des Mühlbaches entstehen,

142) Vergl. die (nun aufgehobene) Instruktion über den Vollzug des Gewerbsgesezes von 1825, §.11 (Reg. Bl. v. 1826 S. 98).

143) Vergl. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 1834 Beil. Bd. V S. 186. Gegen diese Entscheidung kann nach Ger. Ordn. XV §. 5 Nr. 6 bei dem Oberrichter Beschwerde geführt werden.

144) Daß hier allgemeine Landesinteressen obwalten, kann nicht bezweifelt werden. Ein neueres Justiz-Minist. Rescr. v. 28. Aug. 1835 hat Normen vorgezeichnet, welche mit den oben ausgesprochenen Grundsäzen übereinstimmen.

145) S. oben V Nr. 4.

146) Gleiche Grundsäze gelten, wenn der Streit in Bezug auf ein anderes Gewerbe, für welches das fließende Wasser benüzt wird, entsteht.

so werden meistens die Merkmale der Civilprozeßsachen gegeben seyn und daher Verhandlung und Entscheidung den Gerichten zustehen. — Indessen können Streitsachen dieser Art nach Umständen auch die Eigenschaft der Regierungssachen haben [147]. Es ist Aufgabe der Wohlfahrtspolizei, dafür zu sorgen, daß es nirgends an den Vorrichtungen fehle, welche zur Zubereitung des wichtigsten Lebensmittels, zur Verarbeitung des Getreides, zur Mehlfabrikation nothwendig sind; eben so daß die Benüzung dieser Vorrichtungen keinen Störungen unterliege, welche die Versorgung der Umgegend mit dem Mehlbedarfe beeinträchtigen könnte. — So wie es nun der Polizeigewalt zukömmt, aus diesem Gesichtspunkte s. g. Mühlordnungen einzuführen und zu handhaben, so eignet sich überhaupt der Mühlenstreit zur Kognition der Polizeibehörde, wenn es sich in dem gegebenen Falle davon handelt, eine Verfügung im öffentlichen Interesse zu treffen, wenn nicht sowohl um Schuz des individuellen Rechtes gebeten, als eine Einschreitung beantragt wird, welche die Polizeibehörde auch von Amtswegen, oder auf Anzeige eines Dritten, zu machen berechtigt und verpflichtet wäre.

Sache der Polizeigewalt ist es gleichfalls, in Ansehung der Benüzung des Mühlbaches zur Bewässerung der angrenzenden Wiesen eine solche Reihenfolge und Ordnung festzustellen, daß die Interessen der sämmtlichen Betheiligten gleich — und verhältnißmäßig gewahrt und

147) Nach der Kompetenzverordnung vom 17. Dec. 1825 (Reg. Bl. S. 1093) gehört (in zweiter Instanz unter kollegialer Berathung) „die Entscheidung der Streitigkeiten über die Benüzung öffentlicher Gewässer" zum Wirkungskreise der Kreisregierungen (Kammern des Innern). Dabei wird natürlich vorausgesezt, daß nicht im konkreten Falle eine reine Civilprozeßsache vorhanden sey; sondern bei Entscheidung der Sache ein öffentl. Interesse obwalte.

Streitigkeiten vermieden werden; insbesondere die Zeit zu bestimmen, in welcher jeder Angrenzer das Wässerungsrecht auszuüben habe. Gegen Verfügungen dieser Art, welche die Verwaltungsbehörde aus Rücksichten der Wirthschaftspolizei und der öffentlichen Ordnung trifft, findet keine Beschwerde bei den Gerichten statt, und wenn die Handhabung oder die Erlassung solcher Vorschriften beantragt werden will, so hat man sich nicht an die Gerichte, sondern an die Polizeibehörden zu wenden.

Ueberall aber, wo es weder die Sache der öffentlichen Ordnung gilt, noch eine Betheiligung des Publikums erhellt, wo es sich nur davon handelt, daß der vortheilhaftere Betrieb der einen Mühle den schlechteren einer andern und die Minderung des Ertrags einiger Wiesen, oder die Wiesenwässerung eine Minderung des Ertrags der Mühlgewerbe zur Folge hat, überall, wo der Antrag des Klägers sich auf Besitz, Verjährung, Herkommen, Vertrag oder die in Ansehung der Benützung fließender Wässer bestehende Rechtsgemeinschaft [148]) gründet; — in Fällen solcher Art ist eine reine Civilprozeßsache vorhanden.

12) Streitigkeiten über die **Verbindlichkeit** zur Anlage und Unterhaltung von Flußbauten, welche zum Schuze der Uferländereien gegen Ueberschwemmungen u. dgl. nothwendig sind, gehören — als Civilprozeßsachen vor die Gerichte [149]). — Ist aber einmal rechtlich festgestellt,

148) Vergl. hierüber v. Bülow's und Hagemann's Erört. Bd. I Nr. 3, Bd. VII Nr. 65. Gesterding im Archiv für civ. Pr. III S. 60, Funke ebendaselbst XII S. 274, 432. S. auch meine Blätter für Rechtsanwendung, Jahrgang I Nr. 8 S. 59 ff.

149) Vergl. Fr. unic. de ripa munienda (43, 15); C. 2 de immun. nemini conced. (10, 25). — Gemeinde-Umlagen-Gesez vom 22. Juli 1819 Art. I, b nr. 1. Vergl. Pfeiffer prakt. Ausf. Bd. III S. 122.

daß die Verbindlichkeit einer Gemeinde oder mehrern Gemeinden obliege, so fällt die Sache, wenn es sich von Bestreitung der erwachsenden Auslagen durch Gemeinde- oder Distriktsumlagen oder Naturalkonkurrenz handelt, in den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörden [150].

13) Auch Bausachen sind nach verschiedenen Beziehungen entweder Polizei- oder Civilprozeßsachen. Die Freiheit, auf seinem Eigenthum Bauten vorzunehmen, ist durch die Bauordnungen aus Rücksichten des öffentlichen Interesse, mannigfach beschränkt [151]. Die Baupolizeiverordnungen beabsichtigen, gemeingefährliche und entstellende Bauten zu verhindern, gelegenheitlich der Gesundheitspflege und den Bedürfnissen des Verkehrs Vorschub zu leisten, nachbarlichen Irrungen vorzubeugen. Die Anwendung der auf solche Zwecke gerichteten Vorschriften gehört natürlich zur Sphäre der Polizeibehörden; sollte auch derjenige, welcher über die vollbrachte oder drohende Uebertretung derselben Beschwerde führt, ein individuelles Interesse bei der Sache haben. Denn es fehlt hier an einem wesentlichen Merkmale der Civilprozeßsachen, die Hülfe der Staatsgewalt wird nicht auf dem Grunde einer Rechtsnorm gesucht. Die Einschreitung der Polizeibehörde ist auch nicht abhängig von der Beschwerdeführung eines Betheiligten; sie muß erfolgen, wenn die Uebertretung der Bauordnung auf irgend eine Weise zur Kenntniß der gedachten Behörde kommt. Dieß gilt insbesondre auch von der Handhabung solcher Vorschriften, welche keinen andern Zweck haben, als nachbarlichen Irrungen vorzubeugen, z. B. wenn aus diesem Grunde

150) S. das angef. Gesez a. a. O. und Art. VII vergl. mit dem Gesez über die Behandl. der Distriktsumlagen vom 11. Sept. 1825.

151) Vergl. Nibler im Arch. für civ. Pr. Bd. III S. 389 ff. Pfizer über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz §. 57.

verordnet ist, daß zwischen angrenzenden Grundstücken oder Gebäuden ein freier Raum z. B. von 1 oder 2 Fuß verbleiben müsse. Sind hingegen dergleichen Bestimmungen nur des gegenseitigen Vortheils wegen gegeben, war die Absicht darauf gerichtet, gegenseitige Rechtsverhältnisse zu begründen, so gehören darüber entstehende Streitigkeiten an das Civilgericht [152].

Die Natur der Civilprozeßsachen haben Baustreitigkeiten, wenn nicht um Handhabung baupolizeilicher Vorschriften gebeten, sondern Eigenthums= Servituts= Vertrags oder Besitzrechte verfolgt, wenn Rechtsnormen verwirklicht werden sollen.

Unter den römischen Rechtsnormen über Baustreite sind Manche, deren Gegenstand heutzutage, als zur Sphäre der Baupolizeiordnungen gehörig, der Kognition der Polizeibehörden anheimfällt: z. B. die Bestimmungen über heimliche Bauunternehmungen (interdictum quod clam), insofern sie gegen die polizeiliche Vorschrift verstoßen, nach welcher die Vornahme von Bauten zuvor der Baukommission und den Nachbarn angezeigt werden muß; — eben so die Bestimmungen über Sicherstellung der Nachbarn wegen der Gefahren, die durch die Baufälligkeit eines Gebäudes drohen (cautio damni infecti); ferner über Veränderungen des Wasserlaufs zum Nachtheil angrenzender Ländereien, insofern dadurch der Feldpolizeiordnung zuwider gehandelt wird.

Was übrigens hier von Baustreiten überhaupt gesagt ist, bezieht sich nicht blos auf Streitigkeiten über eigentliche Gebäude (Neubauten oder Reparaturen), sondern findet seine Anwendung auch auf Uferbauten und andere dergleichen Veränderungen mit Grundstücken [153]; insbesondre solche, welche die Integrität der von der Feldpo=

152) Pfizer a. a. O.

153) Vergl. v. Zu Rhein und Sartorius Rechtsf. Bd. II S. 49 ff.

lizei gebotenen s. g. Anwenden oder Grenzstreifen gefährden [154]).

14) Durch Uebertretung polizeilicher Anordnungen von Seite des Einen kann einem Andern ein Vermögensschaden zugegangen seyn. Auf Handhabung der Polizeiverordnung, auf Abhülfe für die Zukunft, auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes ist in solchen Fällen bei der Polizeibehörde anzutragen; die Forderung des Schadensersazes hingegen, insbesondre in Ansehung des strittigen Betrags, gehört vor das Civilgericht [155]).

15) In Ansehung der Frage, ob und in welchen Fällen die Polizeibehörden in einer auf Privatrechten beruhenden Streitsache (z. B. über den jüngsten Besiz) Provisionalverfügungen zu erlassen befugt seyen, sind den Polizeibehörden durch ein, im Einverständniß mit dem Justizministerium, erlassenes in den Intelligenzblättern ausgeschriebenes Rescript des Staatsministeriums des Innern vom 27. Mai 1835 (Döllinger's Verordnungssammlung Bd. II S. 293) folgende Normen vorgezeichnet worden:

„Den Polizeibehörden steht allerdings die Befugniß zu, auch in jenen Fällen, welche an sich zum Ressort der Gerichte gehören, vorsorgliche Verfügungen zu treffen, wenn bei entstandenen Streitigkeiten zwischen Privaten die öffentliche Sicherheit nicht nur betheiligt, sondern wegen Gefahr auf dem Verzuge wirklich gefährdet erscheint. Solche polizeiliche Verfügungen können aber ihrer Wesenheit nach

1) nur gegen den momentanen Besizer der betreffenden Objekte gerichtet, nicht aber auf Verhältnisse

154) v. Zu Rhein und Sartorius a. a. O. S. 62. — Das judicium finium regundorum kann nur da vorkommen, wo solche Grenzstreifen nicht bestehen, und eine Grenzverwirrung eingetreten ist.

155) S. oben §§. 4, 5 Nr. 3.

gerichtet werden, die rein petitorischer Natur sind, sie dürfen

2) schon ihrem Zwecke nach nicht länger dauern, als der Grund ihrer Entstehung und müssen deshalb stets dann wieder ausser Wirkung treten, wenn entweder die Betheiligung eines öffentlichen Interesses oder die Gefahr auf dem Verzuge beseitiget ist.

3) Diese Beseitigung der Verzugsgefahr tritt jedesmal ein, wenn von den zuständigen Gerichten nach den civilrechtlichen Grundsäzen solche Provisonalien verfügt seyn werden, wodurch jener Zustand des Streitobjektes herbeigeführt wird, den die Rücksicht auf das in Mitte liegende öffentliche Interesse erheischt.

16) Nach besonderer Vorschrift werden die Geldbußen wegen Stempelkontraventionen im Wege des Civilprozesses eingefordert [156].

VII.

F. Von Kompetenzkonflikten [157].

Die Entscheidung vom Kompetenzkonflikten, welche sich zwischen Untergerichten ergeben, so wie derjenigen, welche zwischen Appellationsgerichten entstehen, gehört zum Wirkungskreise des Justizministeriums [158].

Was die Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und Ver-

156) Gesez vom 11. Septemb. 1825, die Stempelordnung betr. §. XI.

157) **Bavoux** des Conflits ou Empiétement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire. Paris 1828 2 Tomes. Vergl. **Mittermaier** im Archiv für civ. Pr. Bd. XIII S. 95. — S. v. **Closen** in den Verh. der Kammer der Abgeordneten von $18^{27}/_{28}$ Bd. VI S. 31 ff.

158) Verordn. vom 9. Dec. 1825 §. 55 (Reg. Bl. S. 996).

Verwaltungsstellen betrifft, so war früher grundgesez- lich bestimmt, daß die Entscheidung derselben dem geheimen Rathe zukomme. Es sollte dieses Geschäft als ein Judicialgeschäft behandelt, und der geheime Rath für dasselbe den richterlichen Karakter haben [159]. —

Hierbei waren über das Benehmen der Gerichtsbehörden bei entstehenden Kompetenzstreiten und Kompetenzkonflikten [160]) durch das Normativrescript vom 22. Juni 1813 [161]) folgende Vorschriften gegeben:

„Wenn ein in Streit befangener Theil sich vor einer Behörde nicht einlassen will, und die foridelklinatorische Einrede entgegensezt, so entsteht hiedurch blos ein Streit unter den Theilen selbst über die Kompetenz dieser Behörde, und es hat das Gericht, bei welchem dieser Streit hängt, über die gegen dessen Zuständigkeit vorgebrachte Einrede selbst zu entscheiden, gegen welches Ur-

159) Konstitution vom 1. Mai 1808 Tit. III §. II (Reg. Bl. S. 993), vergl. mit dem organischen Edikte, die Bildung des geheimen Raths betreffend, vom 4. Juni 1808 Art. 6, 7, 8 (Reg. Bl. S. 1332).

160) Ueber die Kompetenzfrage streiten die Partheien, bei dem Kompetenzkonflikte stehen sich die Behörden gegenüber. — Ein Konflikt der Gerichte kann sich sowohl mit den eigentlichen Regierungs- als mit den Finanzbehörden ergeben, mit den ersteren über die Grenzen der reinen Civilprozeßsachen auf der einen, und der administrativ-contentiösen oder der reinen Regierungssachen auf der andern Seite; mit lezteren insbesondere in solchen Fällen, in welchen ein Zweifel darüber obwaltet, ob die streitigen Rechte und Verbindlichkeiten lediglich nach Finanzgesezen zu entscheiden seyen; ferner in Streitigkeiten zwischen dem Staat und seinen Finanzbeamten (S. oben IV Nr. 8).

161) S. Döllinger's Sammlung der im Gebiete der innern Staatsverwaltung bestehenden Verordnungen Bd. II S. 282—3. — Vergl. Moritz Novellen zur Gerichtsordn. III, S. 78.

theil sodann die Berufung zur höhern Instanz statt findet, wornach im weiteren Berufungsfalle das Urtheil der obern Instanz die volle Rechtskraft erhält, gegen welche kein weiterer Rekurs statt findet."

„Ergiebt sich aber bei einem Streite ein Widerspruch zweier Behörden unter sich, so daß die Eine die Zuständigkeit der Andern bestreitet, oder ihre eigne als nicht gegründet ansehen will, so ergiebt sich hieraus ein Kompetenzkonflikt, und hier können diese Behörden als Selbstbetheiligte und in eigner Sache nicht mehr erkennen, sondern sie haben sich auf folgende Art zu verhalten" [162]):

1) „Gleich bei Entstehung des Kompetenzkonfliktes sollen die Behörden, deren jede einen Gegenstand zu ihrem Geschäftskreise rechnet oder von sich ablehnt, sich die Gründe ihrer Kompetenz freundschaftlich mittheilen, sie sind verantwortlich dafür, daß sie nicht ohne hinreichenden Grund Kompetenzkonflikte veranlassen, und daß sie vielmehr nach den durch wechselseitige Mittheilung dargelegten Gründen der besseren Aufklärung und Ueberzeugung folgen, sonach jeden Gegenstand seiner kompetenten Behörde überlassen. Bis sich die zwei Behörden darüber vereinigt haben, beruht die Sache — vorbehaltlich der provisorischen Verfügungen, welche die Umstände erfordern."

2) „Sind es Unterbehörden, z. B. ein Stadtgericht, Polizeikommissariat, Landgericht und Rentamt u. dgl., welche sich über Ausgleichung ihres Kompetenzkonfliktes nicht vereinigen konnten, so hat jede solche Unterbehörde an die ihr unmittelbar vorgesezte Stelle umständlichen Bericht zu erstatten, und diese Stellen suchen durch Kommunikation den Konflikt zu heben [163]), wenn derselbe aus einem Mißverständnisse oder einer falschen Anwen-

162) Vergl. Minist. Rescript vom 14. Juni 1835 bei Döllinger a. a. O. S. 294 – 5.

163) Vergl. Döllinger's angef. Sammlung Bd. II S. 291.

dung der bestehenden Geseze und Verordnungen entstanden ist."

3) „Bleibt der Versuch einer Vereinigung unter den im Konflikte stehenden Behörden fruchtlos, oder befinden sich höhere Stellen, z. B. ein Kreiskommissariat und ein Appellationsgericht, im Konflikte, oder ergiebt sich, daß eine Unvollständigkeit oder Undeutlichkeit der Geseze und Verordnungen den Konflikt hervorgebracht habe, so muß jede Stelle an das einschlägige Ministerium Bericht erstatten [164]), von welchem sodann nach Umständen, entweder durch Kommunikation der Konflikt gehoben, oder die Entscheidung des königlichen geheimen Raths veranlaßt wird."

Zufolge der Verordnung vom 2. Februar 1817, die Bildung und Errichtung der obersten Stellen des Staates betreffend, trat an die Stelle des geheimen Raths der Staatsrath. In Gemäßheit der erwähnten grundgesezlichen Bestimmung wurde nun auch dem Staatsrathe, durch den Kabinetsbefehl vom 15. April 1817 §. 44 [165]) die Entscheidung der Kompetenzkonflikte zugewiesen.

Indessen erschien unter dem 3. Mai 1817 eine Verordnung, die Formation und Dienstesinstruktion des königl. Staatsrathes betreffend, welche im §. 7. abweichend

164) Ein königliches, nach Vernehmung des Staatsrathes, ergangenes Rescript vom 12. Juni 1834 (Döllinger a. a. O. S. 292 — 3) bestimmt, daß jede Behörde, welche zum Behufe der Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes an die Allerhöchste Stelle berichtet, von dieser Berichtserstattung diejenige Behörde, mit welcher der Konflikt besteht, jedesmal sogleich zu benachrichtigen, und nun auch diese ihrerseits die erwachsenen Akten dem vorgesezten Staatsministerium ungesäumt und ohne besondere Aufforderung vorzulegen habe.

165) Reg. Bl. S. 342.

von der Vorschrift des Grundgesezes von 1808, die Kompetenzkonflikte, sowohl zwischen den verschiedenen Staatsministerien als zwischen den Gerichts- und Verwaltungsstellen, unter den in dessen Geschäftskreis „zur Berathung" gehörigen Gegenständen aufführt [166].

Diese Normen waren es, welche zu der Zeit bestanden, als die Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 erschien. Diese sichert „Unpartheilichkeit und Unaufhaltbarkeit der Rechtspflege" zu [167]. Sie bestimmt:

> Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden [168].
>
> Die Gerichtsbarkeit wird durch eine geeignete Zahl von Aemtern und Obergerichten in einer gesezlich bestimmten Instanzenordnung verwaltet [169].
>
> Die Gerichte sind innerhalb der Grenzen ihrer amtlichen Befugniß unabhängig [170].
>
> Der König kann in keinem Falle irgend eine anhängige Streitsache hemmen [171].
>
> Der königliche Fiskus wird in allen streitigen Privatrechtsverhältnissen bei den königl. Gerichtshöfen Recht nehmen [172].

Besondere Vorschriften über diesen die Freiheit der Personen und das Eigenthum der Staatsangehörigen we-

166) Reg. Bl. S. 429.

167) Im Vorwort.

168) Tit. IV §. 8. Es versteht sich von selbst, daß die Bestimmung der Ger. Ordn. Kap. I §. 13 Nr. 7 keine Anwendung mehr finde.

169) Tit. VIII §. 1.

170) Tit. VIII §. 3.

171) Tit. VIII §. 4.

172) Tit. VIII §. 5.

sentlich betreffenden Gegenstand finden sich weder in der Verfassungsurkunde noch in ihren Beilagen [173]).

Eben so wenig hat später auf dem von der Verfas-

173) Der Gesezgebungsausschuß der Kammer der Abgeordneten vom J. 1822 sprach nach dem Antrage seines Referenten Freiherrn Christoph v. Aretin einstimmig die Ansicht aus, daß die Bestimmung der Verordnung vom 3. Mai 1817, nach welcher der König die Kompetenzkonflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsstellen zu entscheiden hat, mit der Verfassung nicht bestehen könne. Auch in den Verhandlungen von 1828 wurde von allen Seiten bemerkt, daß der faktische Zustand keine gesezliche Grundlage habe (Vgl. Bd. VI S. 142, S. 283). Rudhart bezeichnete ihn (S. 268) als einen „Zustand der Anarchie," und äusserte unter Anderem: „Wir sehen auf einer Seite Urtheile auf dem Papiere und ohne Vollzug, auf der andern gewaltsam gepfändete Staatskassen, — die Behörden, welche bestimmt sind, Ordnung und Frieden zu gewähren, unter sich selbst im offenbaren Kriege, in der Mitte den armen Unterthanen mißhandelt und rechtlos (S. 267—8)." — Derselbe Redner bemerkte: „In dem Streite zwischen zwei Behörden über ihren Wirkungskreis ist zur Entscheidung nur ein Ausweg, nämlich der Weg zu demjenigen, von welchem die Vollmacht zu ihrem Wirkungskreise ausgegangen ist, zu dem anordnenden Prinzipe, zum Mittelpunkte des Staats, dem Monarchen. — Wie, sagt man, doch also er, er selbst soll entscheiden? — Diesem treten zwei staatsrechtliche Grundsäze entgegen: der Monarch ist nämlich heilig und unverlezlich, er kann, — dieses ist eine staatsrechtliche, nothwendige Voraussezung, — nicht Unrecht thun. Aber ein nicht minder nothwendiger Grundsaz ist, daß keinem Unterthan Unrecht geschehen könne, und darum entspringt aus diesen beiden Säzen ein dritter, daß nämlich der Monarch nur durch Behörden handeln könne, auf welchen die Verantwortlichkeit ruht. — Also der Monarch soll durch eine Behörde entscheiden, welche nach Gewissen und Pflicht selbst handelt, somit durch eine nicht blos berathende, sondern entscheidende Behörde" (S. 272—3). Verhandl. der Kammer der Abgeordn. von 1822 Beil. Bd. IX S. 208—14, S. 122, 232, 33.

sungsurkunde Tit. VII §. 2 vorgezeichneten gesezlichen Wege eine Aenderung der bestehenden Einrichtung stattgefunden [174]). Wohl aber enthält die revidirte Instruktion für den königl. Staatsrath vom 9. Jänner 1821 [175]) folgende Bestimmungen: „In den Geschäftskreis des königl. Staatsraths als der obersten berathenden Stelle gehören:"

9) „Die Kompetenzkonflikte zwischen den Staatsministerien, wenn die einschlägigen Minister sich darüber nicht vereinbaren können."

10) „Die zwischen den Gerichts- und Verwaltungsstellen entstandenen Konflikte über ihre Kompetenz, wobei jedoch in keinem Falle — der Kompetenzkonflikt ergebe sich zwischen den Ministerien oder den Gerichts- und Verwaltungsstellen — durch die Entscheidung desselben in die den Gerichtsstellen innerhalb der Grenzen ihrer amtlichen Befugnisse zustehende verfassungsmäßige Unabhängigkeit in anhängigen Privatrechtssachen [176]), in welchen sie sich als kompetent erklärt haben, eingegriffen werden darf."

174) Von hohem Interesse sind die Ständeverhandlungen vom J. 1828 über einen von der Staatsregierung vorgelegten, die Kompetenzverhältnisse betreffenden Gesezentwurf, Beil. V und LVI; und Bd. VI S. 28—315, 416—26, 427—30, XIII S. 4—48, XIV S. 10—14, S. 317—20, XVIII S. 8 D.

175) Reg. Bl. S. 54 (Moritz Novellen IV S. 99).

176) Richtig äussert hierüber Dresch in den St. V. von 1828 Bd. VI S. 187: „Hiermit ist nur der Gerichte ohnedieß unstreitige Kompetenz in privatrechtlichen Sachen sanktionirt, aber keineswegs ausgesprochen, daß sie, wenn zwischen ihnen und einer andern Behörde ein Streit darüber entsteht, ob eine Sache eine Privatrechtssache sey, auch diesen Streit zu entscheiden haben."

„Da der Staatsrath in solchen Fällen nicht als erkennende, sondern nur als eine begutachtende Stelle erscheint, so soll sein Gutachten sich lediglich darauf beschränken:

a) ob ein wahrer Konflikt zwischen den Gerichts- und Verwaltungsstellen in dem vorliegenden Falle vorhanden [177]) und

b) welche Entschließung zur Hebung desselben nach genauer Prüfung der Verhältnisse der Sache und mit Rücksicht auf die in nr. 11 vorgeschriebene Norm [178]), dem Könige anzurathen sey."

Die neuesten Vorschriften finden sich in der Verordnung vom 9. Dec. 1825, die Formation und den Wirkungskreis der königl. Staatsministerien betr., und in der Instruktion für den königl. Staatsrath vom 18. Nov. 1825.

Die Erstere enthält

177) Vergl. die Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom J. 1819 (Bd. XIII S. 462).

178) „Zum Geschäftskreise des k. Staatsraths als der obersten „berathenden Stelle eignen sich: 11) beschwerende Vorstellun„gen an den König über amtliche Handlungen der Staats„ministerien, wodurch Kränkungen des Eigenthums oder „der persönlichen Freiheit angeblich entstanden sind, und „worüber der Rekurs an die ordentlichen Gerichtshöfe nach „den bestehenden Verordnungen nicht gestattet ist (s. oben „V Nr. 4), auch zur Erkenntniß der für die gemischten „Rechtssachen aufgestellten dritten Instanz sich nicht eignet; „wenn der König, nach vorläufiger Vernehmung des betref„fenden Staatsministeriums, zu dessen Wirkungskreis der „Gegenstand gehört, das Gutachten des Staatsraths dar„über erholt: a) ob die angebrachte Beschwerde nach der „Verfassung und den bestehenden Gesezen und Veordnungen „gegründet, und b) in welcher Art derselben abzuhelfen sey? „Reg. Bl. von 1821 S. 55."

a) unter den Vorschriften über den Wirkungskreis des Justizministeriums (§. 56) die Bestimmung:

„Bei Kompetenzkonflikten zwischen einer Justiz- und einer Administrativbehörde, tritt zuerst die Kommunikation der einschlägigen Ministerien unter sich ein, worauf sodann die Sache an den Staatsrath gebracht wird."

Sie weißt

b) im §. 72 dem Wirkungskreise des Ministeriums des Innern zu:

„Die Erledigung der Konflikte der Stellen und Behörden des innern Dienstes mit Stellen und Behörden anderer Diensteszweige, benehmlich mit den andern betreffenden Ministerien und mit Vorbehalt der Anbringung bei dem Staatsrathe in den Fällen, die dahin geeignet sind."

Die angeführte Staatsrathsinstruktion verordnet:

§. 7: „In den Geschäftskreis des Staatsraths gehören:

A. Zur Berathung

9) „die Kompetenzkonflikte zwischen den Ministerien, wenn die einschlägigen Ministerien darüber sich nicht vereinigen können;

10) die Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Gerichten und Verwaltungsstellen."

§. 20: „Für die Form der Ausfertigungen wird festgesezt:

c) „Alle Entschließungen, welche der König auf die Gutachten und Anträge des Staatsraths ertheilt, werden unter eigenhändiger allerhöchster Unterschrift, der Kontrassignatur des ältesten Ministers, oder desjenigen, den der König zum Vorsiz bestimmt, und unter Beglaubigung

des Generalsekretärs dem Protokolle beigesezt, welches über die Berathungsgegenstände abgehalten wird."

„Erfordern solche allerhöchste Entschließungen Ausschreiben an die, den Ministerien untergeordneten Stellen, so müssen diese unter des Königs eigenhändiger Unterschrift und der Kontrasignatur des einschlägigen Ministers [179]) mit Erwähnung der Vernehmung des königl. Staatsraths erlassen werden."

Aus dem Zusammenhalte aller vorstehenden Bestimmungen ergiebt sich folgendes Resultat:

1) In Ansehung der Frage: ob der Fall eines Kompetenzkonfliktes gegeben sey, und über das Benehmen der in dem Konflikt befangenen Behörden gelten die Vorschriften des Normativrescripts vom 22. Juni 1813. Es ist jedoch die Bestimmung dieses Rescriptes, nach welcher der Konflikt durch Kommunikation der einschlägigen Ministerien gehoben werden kann, durch die Verordnung vom 9. Dec. 1825, den Wirkungskreis der Ministerien betreffend, dahin abgeändert, daß den Gerichten eine Streitsache, in welcher sie sich für zuständig erklärt haben, in Folge des Einverständnisses der Ministerien nicht entzogen werden kann, vielmehr der Konflikt auch dann an den Staatsrath gebracht werden muß, wenn das Justizministerium der Ansicht ist, daß keine Justizsache vorhanden sey [180]).

179) Ueber die Verantwortlichkeit des kontrasignirenden Ministers — Vergl. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 1831 Beil. LXXI, und Bd. XXVI S. 99—131.

180) Noch in dem Kabinetsbefehle vom 15. April 1817, die Formation der Staatsministerien betr. war im §. 44 (unter den Bestimmungen über den Wirkungskreis des Staatsministeriums der Justiz) verordnet: „Bei Kompetenzkonflikten „zwischen einer Justiz- und einer Administrativbehörde tritt

2) Nach den Bestimmungen der Staatsrathsinstruktionen vom 3. Mai 1817, 9. Jänner 1821 und 18. Nov.

„zuerst die Kommunikation der einschlägigen Ministerien „unter sich ein; findet unter denselben eine Vereinigung „der Ansicht nicht statt, so wird die Sache dem Staats- „rathe zur Entscheidung vorgelegt.“ Dieser Zwischensaz: „findet unter denselben eine Vereinigung der Ansicht nicht statt“ fehlt in der Parallelstelle der Verordnung vom 9. Dec. 1825. — Nun wäre es offenbar der gröbste Verstoß gegen die ersten Regeln der Auslegung, wenn man dieses Weglassen für ganz bedeutungslos erklären und annehmen wollte, in dem §. 56 der neuesten Verordnung habe gerade dasselbe verordnet werden wollen, was der §. 44 des obenerwähnten Kabinetsbefehls bestimmte. — Vielmehr kann dieses Weglassen keinen andern Sinn haben, als den, daß auch eine Vereinigung des Justizministeriums mit der Ansicht des andern bei dem Konflikte betheiligten Ministeriums den Ausspruch der Inkompetenz der Gerichte nicht zur Folge haben, und daß überhaupt Streitsachen, in welchen sich die Gerichte für zuständig erklärt, durch eine Verfügung des Justizministeriums denselben nicht entzogen werden können. Dafür spricht auch die Verschiedenheit der Fassung des §. 56 von der des §. 72, nach welchem zum Wirkungskreis des Ministeriums des Innern auch die „Erledigung“ der Konflikte der Stellen und Behörden des innern Dienstes mit Stellen und Behörden anderer Diensteszweige — gehört. — Vereinigen sich die beiden Ministerien dahin, daß die Streitsache zur Kompetenz der Gerichte gehöre, so wird sie allerdings nicht an den Staatsrath gebracht. Denn die dem Staatsministerium des Innern untergeordneten Behörden sind keine verfassungsmäßig unabhängigen Gerichte, und eben deswegen kann nur in diesem, nicht auch in dem ersterwähnten Falle der Kompetenzkonflikt durch eine Ministerialentschließung erledigt werden. — Aus diesen Gründen muß man die vom Verfasser der Anmerkungen zu „Döllinger's Sammlung der im Gebiete der innern Verwaltung bestehenden Verordnungen“ Bd. II S. 282—3 ausgesprochene Ansicht für unrichtig halten. — Zwar ist S. 316 dieses Bandes ein Rescript

1825 werden die an den Staatsrath gebrachten Kompetenzkonflikte gegenwärtig vom Monarchen selbst entschieden. Der König entscheidet nach seinem Ermessen in Gemäßheit des vom Staatsrathe abgegebenen Gutachtens, oder auch auf entgegengesezte Weise [181]).

Es fragt sich, ob die Erhebung eines Kompetenzkonfliktes von Seite der Verwaltungsstelle noch zulässig sey, wenn auf Mittheilung der Klage der Beklagte die Einrede der Inkompetenz vorgeschüzt hat, und dadurch die Streitsache bei dem Gerichte anhängig geworden; ob selbst dann noch, wenn sich der Beklagte bei der Gerichtsstelle ohne Vorschüzung der gedachten Einrede oder doch eventuell auf die Klage eingelassen hat? — wenn etwa von der Gerichtsstelle bereits ein Erkenntniß gefällt worden? — wenn von dem obersten Gerichtshofe des Reichs die Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, und etwa auch schon in der Hauptsache erkannt worden?

des Staatsministeriums der Justiz an das App. Ger. zu Neuburg vom 21. Febr. 1834 abgedruckt, in welchem es heißt: „dem königl. Appellationsgericht wird übrigens eröffnet, daß „Seine königliche Majestät, nach Vernehmung des Staats„raths, auszusprechen geruht haben, daß bei sich ergebenden „Kompetenzanständen zwischen den Gerichten und den Ad„ministrativstellen nur dann, wenn die einschlägigen Mini„sterien sich nicht vereinbaren können, die Sache dem könig„lichen Staatsrathe resp. Allerhöchstdenselben zur Entschei„dung vorgelegt werden soll.“ — Allein dieser Ausspruch S. Majestät des Königs ist weder in Form einer Verordnung öffentlich kundgemacht, noch selbst an die übrigen Gerichtshöfe als Normativrescript ausgeschrieben worden. — Vergl. indessen noch Döllinger a. a. O. S. 289, 317.

181) S. die oben Note 179 allegirten Ständeverhandl. — Die Parthei, welcher durch eine solche Entscheidung der Rechtsweg versperrt wird, kann bei der Bundesversammlung Beschwerde führen. — Schlußakte von 1820 Art. 29. Linde im Lehrbuch §. 182 Note 8. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I S. 220, 228, 231 ff.

Ein vorzügliches Interesse hat die Beantwortung dieser Fragen in Prozessen gegen den Fiskus.

Hierbei kömmt

a) zur Erwägung, daß ein Verfahren, welches von einem unzuständigen Gerichte gepflogen worden, (wohin auch der Fall gehört, wenn die verhandelte Sache ausser dem Wirkungskreise der Gerichte liegt) unheilbar nichtig ist, und daß alle darauf gebauten Urtheile aller Instanzen mit gleicher Nichtigkeit behaftet sind [182]. — Auch kann

b) die Prorogation nicht wirksam seyn, wenn die Sache an einen Richter gebracht wurde, „welcher überhaupt in dergleichen Fällen jurisdictionem nicht hat" [183].

Aus diesen Gründen scheint man jene Frage dahin beantworten zu müssen, daß die Erhebung eines Kompetenzkonfliktes von Seite der Verwaltungsstelle selbst dann noch zuläßig sey, wenn bereits von dem obersten Gerichtshofe, und nicht blos über den Kompetenzpunkt, sondern in der Hauptsache endlich erkannt ist. Ich würde auch kein Bedenken tragen, diese Meinung als die richtige auszusprechen, wäre die Entscheidung der Kompetenzkonflikte noch, wie vor dem 3. Mai 1817, dem Staatsrathe oder einem ähnlichen Kollegium übertragen. Aber nach den neuesten „Instruktionen" ist es der König selbst, welcher die Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichts- und Verwaltungsstellen, nach Vernehmung des Staatsrathes entscheidet.

Es verordnet aber die Verfassungsurkunde Tit. VIII §. 4:

> „Der König kann — in keinem Falle irgend eine anhängige Streitsache hemmen."

182) Verhandl. von 1828 Bd. VI S. 129.

183) Ger. Ordn. Kap. I §. 17. Verh. von 1828 Bd. VI. S. 298.

Besteht unter den Betheiligten eine Differenz über die Frage, ob die Sache zum Wirkungskreise der Gerichte oder der Verwaltungsstelle gehöre, so ist eine Streitsache vorhanden. — Mit Bedeutung ist hier der allgemeine Ausdruck „Streitsache" gewählt. Es heißt nicht: der König kann in keinem Falle irgend eine anhängige Justizsache, Civilprozeßsache, einen anhängigen Privatrechtsstreit hemmen; auf diese besondern Unterscheidungsmerkmale kömmt es bei Anwendung jener grundgesezlichen Bestimmung nicht an; wenn überhaupt irgend eine Streitsache, d. h. die Verhandlung über eine auf Rechte Bezug habende Frage, die unter den Betheiligten streitig geworden, bei den Gerichten anhängig ist, so darf der König in den Gang der Rechtspflege nicht hemmend eingreifen.

Anhängig ist die Streitsache, sobald von beiden Seiten auf einen Ausspruch des Richters angetragen ist. Hat daher der Beklagte die Einrede der Inkompetenz oder der mangelnden Jurisdiktion entgegengesezt, und auf dem Grunde derselben um Abweisung des Klägers oder um Entbindung von der Klage gebeten, so ist diese Streitsache, nämlich der Streit über den Kompetenzpunkt, bei dem Richter anhängig geworden; und kann nun von dem Könige nicht mehr gehemmt werden. Es wäre aber zweifellos eine Hemmung, wenn auf nun erst erhobenen Kompetenzkonflikt und nach Vernehmung des Staatsraths der König entschiede, daß die Gerichte in der fraglichen Sache nicht weiter vorzuschreiten, sondern solche den Verwaltungsstellen zu überlassen hätten.

Eine solche Hemmung würde dem ausdrücklichen Verbote des Staatsgrundgesezes widerstreiten, und kann daher nicht Plaz greifen [184].

184) Der Regierungskommissär, Ministerialrath v. Spies bemerkte hiergegen bei den Verhandlungen von 1828 (Bd. VI S. 313): „die Bestimmung der Verf. Urk. Tit. VIII §. 8

Eben deßwegen ist auch, nachdem eine Streitsache überhaupt oder auch nur die Kompetenzfrage bei den Gerichten anhängig geworden, die Erhebung des Konfliktes [185]), welcher auf die Auswirkung einer verfassungswidrigen Hemmung gerichtet wäre, offenbar unzulässig. Darf der Zweck nicht erreicht werden, so fällt auch der Gebrauch der Mittel, die zur Erstrebung des Zieles dienen, unter das Verbot.

Durch die mehrgedachte Vorschrift der Verfassungsurkunde ist die Bestimmung der Verordnung vom 3. Mai 1817, nach welcher die Entscheidung der Kompetenzkonflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsstellen dem Könige zukömmt, hinsichtlich derjenigen Fälle, in welchen eine Streitsache, wenn gleich nur über die Kompetenzfrage, bereits bei einem Gerichte anhängig geworden, ausser Wirkung gesezt.

Durch die neuern Instruktionen für den Staatsrath vom 9. Jänner 1821 und 18. Nov. 1825 konnte eine Einrichtung, welche mit Vorschriften der Verfassung unvereinbar ist, weder bestätigt noch neu begründet werden.

Da nun gleichwohl die frühern Normen, nach welchen der Staatsrath zur Entscheidung der Kompetenz-

rede von den Rechten des Königs als Staatsoberhaupt, nicht von Hemmungen, die durch Vorschritte gesezlich konstituirter Behörden geschehen." — Aber handelt der König bei Entscheidung der Kompetenzkonflikte nicht als Staatsoberhaupt? — Wollte man diejenigen Hemmungen ausnehmen, zu welchen von gesezlich konstituirten Verwaltungsbehörden im dienstlichen Wege Veranlassung gegeben wird, so würde die Regel keinen Raum der Anwendung mehr finden, die Vorschrift der Verfassung aller Realität entbehren. Man kann eine solche (die Regel aufhebende) Ausnahme um so weniger gelten lassen, als es ja in der Macht des Königs liegt, den Verwaltungsbehörden die fraglichen Vorschritte zu gebieten.

185) S. oben Note 160.

konflikte der fraglichen Art berufen war, nicht wiederhergestellt sind, vielmehr diese Behörde auch nach der neuesten Instruktion — über Kompetenzkonflikte nur zu berathen hat [186]), so fehlt es gänzlich an einem Organe der Staatsgewalt, von welchem die Entscheidung des Kompetenzkonfliktes, wenn solcher, erst nach dem gerichtlichen Anhängigwerden der Kompetenzfrage, oder der Streitsache überhaupt, erhoben werden wollte, ausgehen könnte. Die natürliche Folge davon ist, daß die Erhebung des Kompetenzkonfliktes gänzlich unterbleiben muß [187]),

186) In einem Rescripte des Staatsministeriums des Innern vom 24. Sept. 1833 (Döllinger a. a. O. S. 310—11) ist von der Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes — unrichtig — gesagt, er sey durch königlichen Staatsrathsbeschluß entschieden worden.

187) Will der Beklagte, der die Kompetenz der Gerichte bestreitet, sicher gehen, so darf er vorerst auf Mittheilung der Klage nichts antworten, als daß er die Antwort verweigre, er darf insbesondre nicht beantragen, die Klage wegen mangelnder Jurisdiktion abzuweisen, sondern muß sofort die Verwaltungsstelle, die er für zuständig hält, mit der Bitte angehen, dieselbe möge zur Wahrung ihrer Kompetenz die geeigneten Schritte thun. — Ist gegen den Fiskus geklagt, und die Sache will als Finanzsache der gerichtlichen Kognition entzogen werden, so wird die ablehnende Antwort nicht von dem Fiskalbeamten, sondern von der Kreisregierung, Kammer der Finanzen, selbst — in der Kommunikationsform gegeben. Ist aber in Frage, ob die Sache nicht, als administrativ-contentiös, oder als reine Regierungssache zur Kognition der Kammer des Innern gehöre, so hat der Fiskalbeamte in dieser Kammer vorzutragen, und von ihr wird, wenn die Kompetenz der Gerichte streitig gemacht werden will, die Antwort in der bezeichneten Form gegeben. —

Den von mir aufgestellten Grundsätzen steht allerdings der Einwand entgegen, ein Versehen, eine Ungeschicklichkeit, oder ein unstatthaftes und unwirksames Zugeständniß des Beklagten könne die Folge haben, daß der Kognition der

die weitere Folge, daß die Entscheidung der bei einem Gerichte anhängig gemachten Kompetenzfrage — eben hierdurch Civilprozeßsache geworden, daher zum Wirkungskreise der Civilgerichte gehört. —

Die Verwaltungsstelle, welche von der Streitsache, erst nachdem sie bei den Gerichten anhängig geworden, Kenntniß erhalten hat, oder erst jezt zur Einsicht darüber gekommen ist, daß nicht das Gericht, sondern sie zur Entscheidung derselben kompetent sey, kann nun zur Wahrung ihrer vermeinten Kompetenz nicht anders mehr[188]) thätig werden, als indem sie ihre Ansicht dem Gerichte, in Form einer Erinnerung[189]), auseinandersezt und hierbei auf den Ausspruch der Inkompetenz anträgt; auch, wenn sich die Gerichte erster resp. zweiter Instanz für zuständig erklärt haben, und die Sache durch Rechtsmittel der Parthei ohnehin an den höheren Richter gelangt ist, durch Mittheilung an diesen ihre Bedenken gegen die Kompetenz der Gerichte zur wiederholten Prüfung bringt.

Für die Gerichte ist es aber unter solchen Umständen verfassungsgemäß so Pflicht als Recht, die Einleitung des Kompetenzkonfliktes, wenn solche von der Verwaltungsstelle

Verwaltungsstellen Sachen entzogen werden, für welche sie, nicht die Gerichte, zuständig sind, und daß daher die Aufrechthaltung der Kompetenzverhältnisse lediglich in die Hände des Beklagten gegeben sey. — Ich verkenne diese Anomalie nicht, aber sie ist bei weitem nicht so bedenklich, als der andere von der Bahn der Verfassung abführende Ausweg. — Ohnehin käme hier nur die — dem deutschen Sinn sehr zusagende Bestimmung des fr. 5 de judiciis (5, 1) zur Anwendung: „Praetoris est aestimare, an sua sit jurisdictio." — Vgl. v. Schelhaß Magazin I S. 178.

188) Sofern nicht eine Parthei z. B. der Fiskus, eine Stiftung, Gemeinde — zur Erhebung der Nichtigkeitsklage veranlaßt werden kann.

189) Nach Analogie derjenigen, von welcher in Ger. Ord. XIV §. 4 die Rede ist.

stelle versucht werden sollte, abzulehnen, und, ihre Zuständigkeit behauptend, in der Sache prozeßordnungsmäßig zu verfahren [190].

Diese Grundsäze müssen um so mehr dann zur Anwendung kommen, wenn bereits ein richterliches Erkenntniß vorliegt.

Daß eine bereits rechtskräftige Entscheidung unter der Wendung eines Kompetenzkonfliktes nicht mehr angefochten werden könne, ist von der Staatsregierung in einer Reihe von Fällen auf das bestimmteste anerkannt worden [191]. Eben so liegt in dem neuesten Ministerial-

190) Rudhart's Schilderung (s. oben Note 173) paßt auf folgende Prozeßgeschichte: In der Streitsache: „Welling wider Fiskus" hatte das königl. Oberappellationsgericht ausgesprochen, daß der k. Fiskus sich einzulassen schuldig sey. Auf nun erhobenen Kompetenzkonflikt ergieng am 8. Okt. 1818 die Entscheidung, daß der Fall als eine Administrativsache zu behandeln sey. Diese Entscheidung wurde dem Appellationsgericht zu Bamberg zur Nachachtung mitgetheilt. In Gemäßheit dessen wurde dem Welling, auf wiederholtes Anrufen, von dem App. Ger. die Abweisung bedeutet. Das Oberappellationsgericht aber, an welches Welling hierüber rekurrirte, hob am 11. Juni 1819 diese Entschließung als nichtig auf, indem bereits ein in Rechtskraft erwachsenes Erkenntniß vorliege, daß der kön. Fiskus sich einzulassen schuldig sey; es befahl, daß in der Sache rechtlich fürzufahren sey. Hierauf wurde nun auch gegen den Fiskus, welcher beharrlich die Einlassung verweigerte, in contumaciam verfahren und am Schlusse des Verfahrens ein verurtheilendes Erkenntniß ausgesprochen. (Verh. der Kammer der Abgeordn. von 1822 Beil. Bd. III S. 75 Nr. 5, IX S. 177—191). — Zu bemerken ist, daß hier die Unabhängigkeit der Gerichte in einer Sache bethätigt wurde, die offenbar keine Justizsache war, eben so wenig überhaupt eine anhängige Streitsache, indem der Fiskus im Wege Rechtens noch gar keine Antwort gegeben hatte.

191) S. Döllinger's Sammlung a. a. O. S. 279, 287 (Aus-

ausschreiben vom 14. Juni 1835 [192]) die Anerkennung des Grundsatzes, daß, wenn einmal das Fiskalat die gerichtsablehnende Einrede entgegengesezt hat, das Erkenntniß über die Kompetenzfrage den Gerichten zukomme.

In fiskalischen Prozessen [193]) stehen übrigens der von

schreiben des Staatsministeriums des Innern vom 19. Sept. 1825), S. 288 — 9 (Entschließungen des Staatsm. der Justiz und des Innern vom 25. Sept. und 9. Okt. 1827). Vergl. auch die am 14. März 1830 erfolgte Entscheidung des Kompetenzkonfliktes in der bei dem App. Ger. des Rezatkreises anhängigen Streitsache K. 1017 27/28.

192) Döllinger a. a. O. S. 294—5.

193) Ein ruhmvolles Denkmal königlicher Gerechtigkeitsliebe ist die in den Verhandl. von 1828 (Bd. VI S. 202) von dem Abg. v. Holzschuher erwähnte Verordnung Friedrich Wilhelms I., Königs von Preußen aus dem J. 1713: „Verordnen wir wohlbedächtlich, daß in allen Dingen und rechtlichen Handlungen zwischen Unserm Fisko an einer, und zwischen Unsern Vasallen und Unterthanen an der andern Seite, es sey der Fiskus selbst, Actor oder Accusator, oder zur Assistenz des Denuncianten zugegeben, insonderheit wenn unser Interesse auf einerlei Weise dabei waltet, Unsere Judicia und Commissiones sich an dasselbe nicht binden, sondern lediglich die Justiz, als auf welche sie geschworen und beeidigt sind, zum Augenmerk haben sollen, ohne an dawider laufende Verordnungen, als welche allezeit für erschlichen und mit dieser Unserer ernstlichen Willensmeinung streitend zu halten, im mindesten sich zu kehren und ohne sich dadurch von den Wegen der Gerechtigkeit ablenken zu lassen, massen ihnen solche Verordnungen so wenig als unser vorgeschüztes Interesse zu keiner Entschuldigung in diesem und jenem Leben dienen mag, und werden wir dergleichen unzulänglichen Entschuldigungen ungeachtet solche ungerechte Richter mit aller Strenge bestrafen; wenn sie nämlich überzeugt werden können, daß sie mehr auf Unser alsdann an sich nichtiges und mit dem Nuzen, der aus rechtschaffener Administrirung der Justiz entspringt, nicht zu vergleichendes

mir entwickelten Ansicht noch andre Erwägungen unterstützend zur Seite. Die Verwaltungsstelle, von welcher hier die Erhebung des Konfliktes ausgehen könnte, ist zugleich Vertreter der Parthei, gegen welche die Klage gerichtet ist.

Die Verordnung vom 17. Dezember 1825 bestimmt:

„Zur Geschäftssphäre der Kammer der Finanzen gehört:

§. 120: „Die Leitung und Führung der fiskalischen Prozesse in der Art und mit der Kompetenz, welche in der Verordnung vom 27. v. M. näher bezeichnet ist.“

Die Verordnung vom 27. Nov. 1825 schreibt vor:

§. 4, a) die Fiskalbeamten dürfen keinen Rechtsstreit beginnen, oder sich in einen solchen einlassen, ohne zuvor die Ermächtigung der Kreisregierung erhalten zu haben, welcher, wenn der Fiskus Kläger ist, der Prozeßplan, wenn er Beklagter ist, der Exceptionsplan zur Genehmigung vorgelegt werden muß.

In wichtigern Fällen, welche der §. 6 bezeichnet, ist die Genehmigung des Finanzministeriums einzuholen.

Wenn daher der Fiskalbeamte auf die Mittheilung der Klage die Einrede der mangelnden Jurisdiktion, weil keine Justiz — sondern eine Finanzsache vorliege, entgegensezt, auf einen richterlichen Ausspruch darüber anträgt und so die Kompetenzfrage zur gerichtlichen Streitsache macht, so geschieht dieß mit Genehmigung

Interesse, als auf die Justiz und die Unschuld ihr Absehen Gott- und pflichtvergessener und gewissenloser Weise gerichtet. Ja, Wir rufen selbst den einigen Herzenskundigen an, daß er die Thränen der Unschuldigen, welche solche abscheuliche Proceduren erpressen möchten, allein auf deren Urheberkopf kommen lasse.“ —

der Verwaltungsstelle, welche die Sache als zu ihrem Wirkungskreise gehörig vindicirt und den Kompetenzkonflikt zu erheben ermächtigt wäre. Die Verwaltungsstelle selbst ist es, welche die Klage beantwortet, der Fiskalbeamte ist nur ihr Organ [194]). Hat sie nun einmal die Rolle der Parthei übernommen, so hieße es ein unwürdiges Spiel mit dem Gegner und mit der Justizbehörde treiben, wenn später, nach großem Aufwand an Zeit und Kosten, nach Erlassung richterlicher Erkenntnisse jene Rolle wieder aufgegeben, und in der andern einer coordinirten Behörde ein Kompetenzkonflikt erhoben werden wollte. „Dieß ist, wie v. Dresch treffend äussert [195]), unvereinbar mit der Gerechtigkeit gegen die Partheien sowohl, als mit der Unverlezlichkeit, die richterliche Sprüche in jedem Staate und besonders in einer konstitutionellen Monarchie haben müssen."

§. 14.
Von dem foro accessorio.

1) Der bevorzugte Gerichtsstand eines Mannes steht auch der Ehefrau und den ehlichen Kindern zu [1]); nicht aber den Hausoffizianten [2]) und Dienstboten [3]). Die

194) S. oben Note 187.

195) Dresch in den Verh. von 1828 Bd. VI S. 188.

1) Vergl. C. 13 de dignitatibus (12, 1). Bayer Vorträge S. 83.

2) Worunter Haussekretäre und Hofmeister begriffen. Claproth Einleit. in den ordentl. Prozeß §. 42.

3) Die Bestimmung der Gerichtsordnung über das forum accessorium der Dienstboten bezieht sich auf die ungemeine Mannigfaltigkeit der Stände, Korporationen, Amtseinrichtungen, wie sie in der Hälfte des vorigen Jahrhunderts bestand. Nicht nur die vielfach gegliederten Stände, sondern auch die einzelnen Amtskorporationen bildeten gesonderte Gemeinwesen, beziehungsweise selbstständige Status in Statu. Vergl. Kreittmayr zu §§. 11 und 13. Jedes

heutzutage noch geltenden Gerichtsstandsprivilegien fußen auf Bestimmungen der Verfassungsurkunde und ihrer Beilagen; diese enthalten nichts von der Ausdehnung auf Hausoffiziantén und Dienstboten, bei Anwendung von Privilegien darf man über den Buchstaben nicht hinausgehen. — Ueberhaupt sollte

2) durch die Vorschrift des §. 14 über den accessorischen Gerichtsstand der Dienstboten nichts an dem geändert werden, was über diese Frage vor Einführung der Gerichtsordnung an jedem Orte Rechtens war. In manchen Bestandtheilen des Königreichs theilen die Dienstboten den Gerichtsstand des Dienstherrn nur insofern, als der Ort des Dienstes auch als ihr Wohnort anzusehen ist [4]. — Uebrigens findet die Gesezesvorschrift unbedenklich Anwendung auf Dienstboten derjenigen Untergerichtsbeamten, denen das Kreis= und Stadtgericht der Kreishauptstadt zum ausgenommenen (aber nicht bevorzugten) Gerichtsstande angewiesen ist [5]. S. oben §. 11 I nr. 8.

solche Gemeinwesen hatte seine eigne Gerichtsbarkeit; und in die Sphäre dieser Gerichtsbarkeit suchte man alle Personen zu ziehen, welche mit den Hauptangehörigen in irgend einer Verbindung, z. B. durch das Dienstbotenverhältniß, standen. — Mit Aufhebung dieser mannigfachen Gerichtsbarkeiten ist auch die praktische Bedeutung der hier in Frage befindlichen Gesezesvorschrift wesentlich verändert worden.

4) Dies ist wohl angemessener; die Natur der Sache bringt es mit sich, daß das Verhältniß des Gerichtsstandes ein bleibendes sey, oder wenigstens nicht, durch allzuhäufigen Wechsel, aufhöre, den Charakter eines Rechtszustandes zu tragen. — Zu Kreittmayr's Zeiten mag der häufige Dienstbotenwechsel noch nicht so an der Tagesordnung gewesen seyn. — Vergl. übrigens die Novelle vom 3. März 1780 in der Sammlung I S. 29.

5) Demzufolge haben (abgesehen von abweichendem Herkommen) die Dienstboten eines Landrichters, Landgerichtsassessors u. dgl. — aus Rücksichten für die Unpartheilichkeit der

3) Der accessorische Gerichtsstand der Ehefrau hört nach dem Tode des Ehemanns auf, wenn sie entweder den Wittwenstand verändert, oder sich selbst gutwillig anderer Jurisdiktion unterwirft. Hatte der Mann einen privilegirten Gerichtsstand, so geht dieser für die Wittwe durch eine Veränderung des Wohnorts, indem sie sich etwa in einem Landgerichtsbezirke niederläßt, keineswegs verloren; wohl aber zieht die Veränderung des Wohnorts eine Veränderung des Gerichtsstandes bei den Wittwen der oben §. 11, I nr. 8, und §. 3 nr. 3 lit. b bezeichneten Untergerichtsbeamten nach sich.

4) Die Vorschrift, daß die Ehefrau, wenn sie geschieden worden, nur alsdann den Gerichtsstand ihres vorigen Mannes verliere, wenn die Scheidung aus ihrem Verschulden erfolgt ist, findet auf Protestanten (nach gemeinem Rechte) insofern keine Anwendung, als bei diesen, in jedem Falle der gänzlichen Trennung des Ehebandes, der Gerichtsstand des Mannes der geschiedenen Frau ferner nicht zukömmt [6]).

5) Hat der bevorzugte Gerichtsstand des Vaters seinen Grund in einer besondern Standeseigenschaft, welche auch auf die Kinder übergeht, so verbleibt denselben das Standesprivilegium auch nach der Absonderung von dem väterlichen Haushalt. So haben alle Glieder standesherrlicher Familien den Gerichtsstand bei den Appellationsgerichten, alle adeligen Personen bei den Kreis- und Stadtgerichten. Nur kann die Absonderung vom väterlichen Haushalt, verbunden mit einer Veränderung des Wohnorts die Folge haben, daß sie nun einem andern Appellationsgerichte, beziehungsweise Kreis- und Stadtgerichte unterworfen sind.

Rechtspflege — ihren Gerichtsstand bei dem Kreis- und Stadtgerichte der Kreishauptstadt.

6) v. Schelhaß im Magazin Bd. I S. 196—7. — Abweichend ist das preuß. Landr. II, 1 §§. 738, 739 und pr. Ger. Ordn. I, 12 §. 94.

Für die Kinder der erblichen Reichsräthe geht der Gerichtsstand bei den Appellationsgerichten durch die Absonderung von dem väterlichen Haushalt [7]), nicht minder durch den Tod des Vaters verloren [8]).

Den Kindern der oben §. 11, I, nr. 5 bezeichneten Civil- und Militärbeamten verbleibt der bevorzugte Gerichtsstand des Vaters, bei dessen Lebzeiten, bis zu der Absonderung, nach dem Tode desselben, bis sie einen eigenen staatsbürgerlichen Stand erlangt haben [9]).

6) Abgesehen von einem auf die Kinder fortwirkenden Gerichtsstands-Vorzug tritt die Vorschrift des Gesezes ein, nach welcher der Gerichtsstand des Vaters, nach dessen Tode, für die Kinder aufhört, sobald die Erbschaft unter ihnen vertheilt ist [10]). Nehmen Kinder

7) Unzweckmäßig ist dies hinsichtlich des präsumtiven Nachfolgers in der Reichsrathswürde; weil von diesem zu vermuthen, daß ihm künftig der Gerichtsstand bei dem betreffenden Appellationsgericht wieder zu Theile wird.

8) Diese haben schon in der Wiege einen eignen staatsbürgerlichen Stand, nämlich den des Adels. Vergl. Verf. Urk. Tit. VI §. 3. Stirbt ein erblicher Reichsrath mit Hinterlassung minderjähriger Kinder, so ist der Nachfolger in der Reichsrathswürde von dem Appellationsgerichte, die übrigen Kinder sind von dem betreffenden Kreis- und Stadtgerichte zu bevormunden.

9) Sey es durch Anstellung im Staatsdienst oder durch Ansässigmachung auf andre Weise. — Bis dahin behalten sie den Stand des verstorbenen Vaters; jedoch ohne die Vorzugsrechte der Siegelmäßigkeit. Beil. IX zur Verf. Urk. §. 16.

10) Solange die Erbschaft noch unvertheilt ist, können die Kinder aus Ansprüchen an oder auf die Erbschaft bei dem Gerichtsstand des Erblassers belangt werden, ohne Unterschied, ob sie, für ihre eigne Person, verschiednen oder demselben Gerichte unterworfen sind. Die Bestimmung des Kap. I §. 10, nach welchem Klagen gegen mehrere Personen, welche unter verschiednen Obrigkeiten stehen, bei der höhern Obrig-

nach dem Tode des bevorzugten Vaters und nach Theilung der Erbschaft, bevor sie einen eignen staatsbürgerlichen Stand erlangt haben, ihren Wohnsitz in einem andern Kreise oder Bezirke, so haben sie von nun an ihren Gerichtsstand bei demjenigen Gerichte, welches für gleich privilegirte Personen dieses Kreises oder Bezirkes das zuständige ist.

7) Die Auseinandersezung einer Erbschaft (Verlassenschaftsbehandlung) kömmt demjenigen Gerichte zu, bei welchem der Verstorbene den allgemeinen Gerichtsstand hatte [11]. Bei diesen sind ferner

a) die Anträge auf Einsezung in den Besitz der Erbschaft [12];

b) Forderungen an die noch liegende Erbmasse;

c) auch die Erbschaftsklagen anzubringen, wenn die Ansprüche des Klägers schon vor der Auseinandersezung der Erbschaft, insbesondere vor der Einsezung des Beklagten in den Besitz, bei dem Verlassenschaftsgerichte erhoben waren [13].

Fehlt es an dieser Voraussezung, so ist die (universelle) Erbschaftsklage (hereditatis petitio) bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten, oder auch bei dem

keit anzubringen sind, so wie die Bestimmungen der Verordnung vom 9. Aug. 1810, kommen hier nicht zur Anwendung. In Gemäßheit dessen wurde von dem Appellationsgericht Ansbach am 24. Aug. 1832 erkannt (P. 729, 18$^{31}/_{32}$).

11) Nov. vom 6. Aug. 1764 (Sammlung I S. 28).

12) Sind Erbschaftssachen in andern Gerichtsbezirken gelegen, so sind die Gerichte der gelegenen Sachen um Vollzug der Immissionsverfügung des judicium universale anzugehen. Vergl. die in der vor. Note allegirte Novelle.

13) Const. 10 de judic. (3, 1); Const. 13 de rei vind. (3, 32); Cap. I. X de sequestr. (2, 17).

Gerichte des Ortes anzustellen, wo die Erbschaftssachen gelegen sind, sofern sich der Beklagte daselbst aufhält [14]).

8) Der Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 enthält folgende hieher gehörige Bestimmung [15]):

§. 9: „Erben, die wegen einer Handlung des Erblassers mit einer persönlichen Klage zu belangen sind, werden nicht vor dem Gerichtsstande des Erblassers, sondern vor ihrem eignen belangt; sofern nicht bereits mit dem Erblasser selbst die Streitsbefestigung geschehen ist."

9) Die Bestimmung des preußischen Landrechts (Th. I Tit. XVII §. 132) nach welcher der Erbschaftsgläubiger, welcher sich an die Erben insgesammt halten will, dieselben an dem persönlichen Gerichtsstande des Erblassers belangen kann, findet in dem Falle, wenn die Erbschaft zur Zeit der Klagstellung schon vertheilt war, keine Anwendung [16]).

§. 15.

Forum in der Klage ex lege Diffamari, vel si contendat [1]).

1) Unter den Schriftstellern über den gemeinen Civilprozeß ist es wenigstens der Theorie nach — eine bestrittene Frage, ob nicht für die Provokationen ein für den Provokaten zuständiger Gerichtsstand zu wählen sey? [2]) — Die Gerichtsordnung entscheidet für diejenige Meinung [3]),

14) C. un. ubi de heredit. agatur (3, 20). Bethmann-Hollweg Versuche S. 63, Bayer Vorträge S. 66.

15) Moritz Nov. IV S. 9.

16) Oberapp. Ger. Erk. vom 1. Dez. 1829 (App. Ger. Ansbach S. 628, 18 $^{24}/_{25}$).

1) Bayer Theorie der summarischen Prozesse §§. 55, 61.

2) Linde im Lehrbuch §. 336; Bayer a. a. O.

3) Der gute Grund dieser Meinung besteht darin, daß die Provokationsklage, als präparatorisch, die Eigenschaft einer Nebensache hat, und zufolge dieser Eigenschaft vor den Richter der Hauptsache gehört.

welche auch die allgemeine Praxis in ganz Deutschland für sich hat [4]).

2) Besteht für die Hauptsache, d. h. für die Klage, welche durch die Provokation herbeigeführt werden soll, ein ausschließender besonderer Gerichtsstand, z. B. der geführten Verwaltung, der gelegenen Sache, oder gehörte sie zu den eximirten Sachen, für welche eigenthümliche Gerichte bestellt sind, z. B. Wechselsachen, Bergsachen u. dgl., so ist die Provokation bei diesem besondern, beziehungsweise eximirten Gerichtsstande anzubringen [5]).

3) Hätte der Kläger in der Hauptsache die Wahl zwischen verschiedenen (elektiv) konkurrirenden Gerichten, so wird ihm dieses Wahlrecht dadurch, daß er bei einem derselben zur Klage provocirt worden, keineswegs entzogen. Die Provokation wirkt keine Prävention [6]).

4) Es versteht sich von selbst, daß von Seite des Provokanten später gegen die Kompetenz desjenigen Gerichtes, bei welchem er die Provokationsklage erhoben, kein Einwand mehr gemacht werden könne [7]).

5) Nach der Lehre mancher Schriftsteller soll die

4) Glück im Kommentar VI S. 493 Note 80.

5) Die Alternative der Gesezstelle „oder dort" bezeichnet daher für Fälle dieser Art kein Wahlrecht. Vergl. Kreittmayr's Anmerk. zu §. 15. — Eine Provokation wegen Berühmens eines Hypothekentitels ist nicht bei dem dinglichen Gerichtsstand der zu verpfändenden Sache, sondern in dem allgemeinen Forum des Provokanten anzubringen.

6) Kreittmayr a. a. O.

7) Linde a. a. O. — Der dort allegirte Schaumburg princ. prax. Lib. II cap. 6 §. 8 äussert hierüber: „Ratio, cur provocans hoc in casu fori incompetentis praescriptione se tueri nequeat, in promtu est, cum repudiare non possit judicem, quem semel adiit, et cujus sententiae causam commisit."

Provokation bei dem Gerichtsstande des Provokaten in dem Falle angebracht werden, wenn sie (nämlich provocatio ex lege si contendat) darauf gerichtet ist, zur Klagstellung gegen einen Dritten aufzufordern[8]). — Allein diese Art der Provokation ist der Gerichtsordnung nicht bekannt [9]).

6) Der §. 7 des Staatsvertrags mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 bestimmt das Forum der Provokationsklagen nach Maßgabe der Gerichtsordnung, mit dem Beisaze: „es wird daher die von diesem Gerichte, besonders im Falle des Ungehorsams ausgesprochene Sentenz von der Obrigkeit des Provocirten als rechtskräftig und vollstreckbar anerkannt" [10]).

§. 16.

Von der praeventio fori [1]).

1) Die Konkurrenz mehrerer gleichmäßig für eine Streitsache zuständigen Gerichte findet nicht blos in der Art statt, daß der Kläger zwischen mehreren, z. B. zwischen dem Gerichte des Wohnorts und des Vertrags, zu wählen befugt ist; sie kömmt auch so vor, daß jede der Partheien als Kläger auftreten, und demgemäß jedes der verschiedenen Gerichte, vor denen die Partheien ihren

8) Z. B. in dem Falle, wenn der Bürge sich genöthigt sieht, den Gläubiger wider den Hauptschuldner zu provoziren, um die Ausflucht der Exkussion aufrecht zu erhalten. Glück a. a. O. S. 509—10.

9) S. Gerichtsordnung Kap. IV §. 6. In dem angeführten Falle kann der Zweck eben so gut erreicht werden, wenn der Bürge den Gläubiger zur sofortigen Klage gegen sich provozirt; — und nur dieß ist zulässig. Vergl. Bayer a. a. O. §. 61 Note 1.

10) Moritz Nov. IV S. 7.

1) Gesterding alte und neue Irrthümer S. 450 ff. Bayer Vorträge S. 91. Martin Lehrbuch ed. XI §. 61; Linde Lehrbuch §§. 105—6.

Gerichtsstand haben, zur Verhandlung und Entscheidung der Sache aufgerufen werden kann, z. B. wenn es sich von Auseinandersezung einer Erwerbsgesellschaft handelt, und die mehreren Genossen unter verschiednen Gerichten wohnen, oder bei Streitigkeiten über Servituten oder Reallasten, wo der eine Theil die a. confessoria, der andre die a. negatoria anstellen kann [2]. Eben so läßt es sich denken, daß mehrere Sachen, welche als einzelne vor verschiedne Gerichte gehören würden, wegen Konnexität bei einem und demselben Gerichte zu verhandeln sind [3]. Stehen sie nun zu einander nicht im Verhältnisse von Haupt- und Nebensache, und läßt sich überhaupt die ausschließende Zuständigkeit eines der verschiednen Gerichte nicht behaupten, so ist ein Fall der Konkurrenz gegeben, in welchem die Prävention entscheidet [4].

2) Die Prävention kann überall nur unter der Voraussezung in Frage kommen und wirksam seyn, daß wirklich von mehrern Gerichten jedes einzeln für den nämlichen individuellen Rechtsstreit, beziehungsweise für die

2) Die Servitutenklagen können ja auch von dem Besitzer gegen den Nichtbesitzer angestellt werden §. 2 J. de act. (4, 6); fr. 5 §. 6 si ususfr. pet. (7, 6); fr. 6 §. 1 si serv. vind. (8, 5), so daß die Partheirolle erst durch Anstellung der Klage bestimmt wird. Ist nun z. B. ein Standesherr unter den Partheien, so konkurriren, ungeachtet der Eigenschaft der dinglichen Klage, zwei verschiedene Gerichte mit gleicher Zuständigkeit.

3) S. oben §. 10 Note 18.

4) S. oben §. 10, II, nr. 4, ꝛc. — Dort ist nicht von Prävention, sondern von Rechtshängigkeit die Rede, weil es sich nur von der Folge der Konnexität, nicht aber davon handelt, daß beide konnexe Sachen zusammen zuerst bei dem einen Gerichte eingeleitet wurden, nun aber an ein anderes gleich zuständiges gebracht werden wollen; was aber nach den Grundsäzen von der Prävention nicht zuläßig ist. S. übrigens unten Note 6 u. 7.

nämlichen zusammengehörende Rechtsstreite, zur Zeit der Einleitung des Verfahrens, gleich kompetent ist [5]. — Wenn es daher

a) bei Veränderungen des Gerichtsstandes einer Person durch Veränderungen ihres Wohnortes oder Standes in Frage kömmt, ob eine gewisse Rechtssache noch an den frühern oder ob sie an den gegenwärtigen Gerichtsstand gehört; ferner wenn es sich überhaupt davon handelt, welchen Einfluß solche Veränderungen des Gerichtsstandes auf anhängige Streitsachen haben, so ist es nicht die Prävention [6], sondern die Rechtshängigkeit [7], auf welche es ankömmt. Eben so wenig ist

b) die Prävention in Frage, wenn die konkurrirenden Gerichte nicht gleich kompetent sind; z. B. das eine nur für die Einforderung der Rückstände, das andre hingegen für die Hauptsache, d. h. den Streit über das

5) Martin a. a. O. — Ist die Kompetenz des zuerst angegangnen Gerichts bestritten, so kann die Prävention ihre Wirkung nicht äussern. Von diesem Falle sagt Mevius Dec. P. II dec. 20 not. 3: „Paria sunt, non esse et esse controversum. Quia ob dubium semper litis eventum, quod sub lite est, eo loco, ac si non sit, censetur.“

6) Unter Prävention versteht man die prozessualische Einwirkung auf eine gegebene Streitsache, durch welche festgestellt wird, von welchem aus mehrern gleichzeitig zuständigen Gerichten dieselbe zu verhandeln und zu entscheiden sey.

7) Der Anfang eines gegebenen Rechtsstreites bei einem bestimmten Gerichte begründet die Rechtshängigkeit der Sache. Von ihr gilt die Regel: ubi lis coepta, ibi finienda est; fr. 19 pr. de jurisd. (2, 1); fr. 7, 30 de judic. (5, 1). S. unten Ger. Ordn. Kap. III §. 9, nr. 1 und Kap. V §. 9. Die Rechtshängigkeit begreift — ausser der Prävention — alle Folgen der Insinuation des auf die Klage erlassenen Dekretes. — Vergl. insbesondre Gönner und Schmidtlein Jahrbücher Bd. II S. 304 ff.

Recht selbst nebst allen Accessionen. Waren früher blos Verhandlungen über die Einklagung der Rückstände bei dem in dieser Beziehung zuständigen Gerichte eingeleitet, später aber wird die Hauptsache bei dem für diese kompetenten Gerichte angebracht, so geht an das Leztere auch der Streit in Ansehung jenes Nebenpunktes über. **Accessorium sequitur principale.**

3) Die Prävention sezt die Einreichung einer wirklichen Klage voraus. Auf Extrajudicialanträge, z. B. Anmeldung zum Hypothekenbuche, Kapitalaufkündungen, tritt dieselbe nicht ein [8]. —

4) Die Prävention erfolgt durch die Insinuation der auf die Klage an den Beklagten erlassenen gerichtlichen Vorladung [9]. Bei Ediktalladungen wird auf den Zeitpunkt des öffentlichen Anschlags, bei Realcitationen auf die Zeit der Vollziehung des Real- oder Personalarrestes gesehen.

5) So lange die Vorladung nicht auf die angegebene Weise eröffnet ist, kann der Kläger einseitig zurücktreten und sich an das andre gleich zuständige Gericht wenden [10].

6) Das Dekret, durch welches die Klage ohne Vernehmung des Beklagten angebrachtermaßen abgewiesen wird, begründet keine Prävention [11]. Wenn hin-

8) Claproth Einleitung in den ordentl. Prozeß §. 43.

9) Ueber das gemeine Recht s. die in Note 1 angeführten Schriftsteller. — Wird die Vorladung von beiden, von den verschiednen Partheien angegangnen Gerichten ganz gleichzeitig insinuirt, so kann nur das Loos entscheiden. Bayer und Linde a. a. O.

10) Linde a. a. O. Gensler im Kommentar zu Martin's Lehrbuch Bd. I S. 97.

11) Bayer a. a. O. S. 93 a. E. Linde a. a. O. Dasselbe gilt, wenn sich das Gericht für unzuständig erklärt. — Werden aber gegen dieses Dekret Rechtsmittel ergriffen, so

gegen das angerufene Gericht die Klage ohne Mittheilung sofort definitiv abweißt, so steht dieses Erkenntniß, als in der Sache selbst entscheidend, unter den Regeln der Rechtskraft, und der Kläger muß, will er den Rechtsstreit überhaupt fortsezen, bei dem angerufenen Gerichte ein Rechtsmittel einwenden [12].

7) Die Wirkung der Prävention besteht darin, daß nun die in Frage befindliche einzelne Streitsache mit Allem, was dazu gehört [13], der Gerichtsbarkeit des prävenirenden Gerichtes ausschließlich unterworfen ist [14].

8) Die Wirkung der Prävention erlischt wieder, wenn

a) auf der Verhandlungs-Tagfahrt, zu welcher beide Partheien durch die erste richterliche Verfügung geladen wurden, keine von beiden erschienen ist [15];

b) wenn sich diejenige Parthei, welche wegen Prävention die Einlassung bei einem andern Gerichte verweigern konnte, doch ohne Verwahrung bei demselben einläßt [16].

bleibt die Frage, ob Prävention vorhanden, so lange im Zweifel, bis über die Beschwerde unabänderlich entschieden; — im Falle einer günstigen Abänderung wird die Prävention auf den Zeitpunkt der ersten abweisenden Verfügung zurückbezogen. Linde a. a. O.

12) Gensler a. a. O. S. 98.

13) Was dazu gehöre, ist nach den im §. 10 vorgetragenen Grundsäzen zu bestimmen. — Ausserdem wirkt die Prävention nur unter den nämlichen Personen und für die nämliche Sache. Danz Grundsäze des ord. Proz. ed. V §. 39.

14) Martin a. a. O.

15) Arg. fr. 73 §. 2 de judic. (5, 1). Martin und Linde a. a. O.

16) Das Verbot der Gerichtsordnung bezieht sich nur auf den Fall, wenn ein Theil, wider den Willen des andern, die Sache an ein anderes Gericht zu ziehen versuchen wollte. Praeventionis exceptio, sagt Mevius (I, dec. 165), dila-

c) Wenn das zuvorkommende Gericht seine Gerichtsbarkeit in Ansehung der Art der in Frage befindlichen Rechtssachen oder über die Klasse von Personen, zu welchen der Beklagte gehört, oder über den Wohnort desselben, verliert, oder wenn es ganz aufgelöst wird, so erlischt deswegen die Wirkung der Prävention nicht; vielmehr geht nun die Sache in der Lage, in welcher sie sich befindet, an dasjenige Gericht über, welches zu Folge der eingetretenen Territorial-, Gerichtsverfassungs-, oder sonstigen staatsrechtlichen Veränderungen, an die Stelle desjenigen, welches prävenirt hatte, getreten ist [17]).

§. 17.

Von der jurisdictione prorogata et voluntaria [1]).

I.

Die Prorogation sezt voraus

1) daß beide Theile sich bei dem unzuständigen Richter ohne Verwahrung einlassen;

2) daß dies „gutwillig" geschehe, d. h. daß sie die Inkompetenz des angegangenen Richters kennen, und dennoch sich einlassen. Wenn einer oder beide Theile denselben aus Irrthum für zuständig hielten, so kann man nicht

toria et temporalis, ante litis contestationem est opponenda, quae tunc ommissa postea non admittitur, sed reus a priori judicio destitisse, liti in illo foro renunciasse, et alterum magis elegisse censetur. — Als Einlassung gilt hier jede Antwort, welche in der Hauptsache bei dem andern Gerichte ohne Verwahrung gegeben wird. Mevius a. a. O. — Die willkürliche Strafe, von welcher die Gerichtsordnung spricht, ist den sogenannten Ordnungsstrafen beizuzählen.

17) Gönner und Schmidtlein Jahrbücher Bd. II S. 308 ff.

1) Glück im Pandekten-Kommentar Bd. III §§. 206—7. Martin Lehrbuch ed. XI §. 60. Linde Lehrbuch ed. III §. 101. Bayer Vorträge S. 87—90.

nicht sagen, daß sie sich mit gutem Willen eingelassen haben. Denn es ist ja hier ein wesentlicher Mangel der Willensbestimmung vorhanden. Error litigatorum non habet consensum [2]). — Beruft sich ein Theil erst nach der Hand auf den stattgefundenen Irrthum, um den Rechtsbestand des bisherigen Verfahrens und der etwa schon gefällten Erkenntnisse anzufechten, so versteht sich von selbst, daß er, geirrt zu haben, besonders beweisen muß [3]).

3) Unter Einlassung ist hier nicht blos die eigentliche Kriegsbefestigung, sondern jeder Antrag zu verstehen, durch welchen von dem Richter in der fraglichen Sache eine Entscheidung, z. B. über prozeßhindernde oder präjudicielle Einreden begehrt wird [4]).

4) Ist entweder das angegangene oder dasjenige Gericht, welches, abgesehen von der Prorogation, das zuständige wäre, ein standes- oder gutsherrliches, oder sind beide mittelbare Gerichte, so wird Zustimmung des leztern (des ordentlichen Richters) erfordert. Daß diese Zustimmung ausdrücklich erklärt werde, ist nicht nothwen-

2) Fr. 15 de jurisdict. (2, 1): „Si per errorem alius pro alio Praetor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est: nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in Praesidem, cum, ut Julianus scribit, non consentiant, qui errent.“ Vergl. fr. 2 pr. de judiciis (5, 1). — Diese Geseze machen keinen Unterschied zwischen Rechts- und faktischem Irrthum. — Den Rechtsirrthum will nicht beachtet wissen. Gensler Komm. zu Martin ed. Morstadt Bd. I S. 95 §. 58.

3) S. v. Röder civil. Abhandl. Nr. II S. 47.

4) Vergl. C. 13 de except. et praesc. (8, 36) mit C. 29 de pactis (2, 3) und C. 1 de jurisdict. (3, 13). — Claproth Einleit. in den ordentl. Prozeß §. 32. Doch geht dieser Schriftsteller zu weit, wenn er annimmt, daß die Prorogation auch schon durch Einreichung eines Fristgesuches bewirkt werde.

dig; es genügt, wenn der ordentliche Richter auf irgend eine Weise Kenntniß von der Sache erhalten und nicht sofort Einspruch gethan hat [5]. — Ist einmal die beiderseitige Einlassung bei dem unzuständigen Richter geschehen, so können die Partheien den Mangel der Zustimmung des ordentlichen Richters später als einen Rich-

5) Die Gerichtsordnung bedingt die Prorogation ganz allgemein durch „Wissen und Willen des ordentlichen Richters." — Allein diese Bestimmung sezt nach der damals gangbaren Ansicht als wesentliches Merkmal jeder Gerichtsbarkeit voraus, daß sie ein fruchtbringendes Vermögensrecht, und daher der Gerichtsherr überall rechtlich dabei betheiligt sey, daß seinen Gerichten keine Sache, die dahin gehört, entzogen werde. — Nach dem heutigen Staatsrechte besteht diese Eigenschaft als wesentliches Merkmal nicht mehr (Verf. Urk. Tit. VIII §. 1). — Bei einer Collision unmittelbarer Gerichte ist nicht blos der Grund, sondern auch die Voraussezung jener Vorschrift der Gerichtsordnung weggefallen. Anders verhält es sich jedoch, wenn es sich in dem Fragefalle davon handelt, ob ein guts- oder standesherrliches — im Verhältnisse zu einem unmittelbaren oder einem andern mittelbaren Gerichte —, oder umgekehrt ein unmittelbares im Verhältniß zu einem mittelbaren durch Prorogation zuständig geworden. In Fällen dieser Art muß die Vorschrift des §. 17 auch heutzutage noch Anwendung finden. — Auf gleiche Weise haben schon ältere Rechtslehrer unterschieden z. B. A. Vinnius Tract. de jurisd. Cap. X §. 3. Schilter praxis jur. rom. Exerc. VI §. 23. — Daß die mehrgedachte Vorschrift überhaupt nicht mehr anwendbar sey, behauptet v. Schelhaß im Magazin des bayer. Staats- und Privatrechts Bd. I S. 200. Vergl. v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. Bd. IV S. 451. Reinhardt Handb. Bd. I S. 58, welcher die Rücksicht auf die Zustimmung des ordentlichen Richters allgemein verwirft, „weil die Parthei nicht des Richters, sondern der Richter der Partheien wegen da ist." — Nach der von mir adoptirten Ansicht hat das Oberapp. Ger. am 9. Aug. 1833. erkannt.

tigkeitsgrund nicht geltend machen; wohl aber der Oberrichter von Amtswegen darauf Rücksicht nehmen.

5) Die Prorogation kann nicht statt finden, wenn dem angegangenen Richter für Sachen der in Frage befindlichen Art keine Gerichtsbarkeit zusteht. Für Wechsel- [6], Berg-, Ehesachen u. dgl. können die allgemeinen Gerichte durch Prorogation nicht zuständig werden. — Persönliche Vorzugsrechte des Beklagten stehen nicht im Wege [7].

6) Es ist nicht erlaubt, sich durch freiwillige Prorogation einem auswärtigen Gerichte zu unterwerfen. Den inländischen Gerichten ist untersagt, der Requisition eines auf diese Weise gesezwidrig prorogirten Gerichts in Stellung des Beklagten oder Vollstreckung des Erkenntnisses statt zu geben [8].

7) Daß das angegangene Gericht ein Obergericht ist, die Sache aber an ein Untergericht gehört, hindert die Prorogation nicht [9].

8) Der gewillkürte Richter ist zur Ausdehnung seiner Gerichtsbarkeit nicht verpflichtet; erkennt er sofort bei Anbringung der Sache seine Inkompetenz, so

6) Allerdings kann aus einem Wechsel auch bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Schuldners geklagt werden; — aber nicht im Wechselprozesse. — Die für besondere Arten von Sachen bestellten Gerichte können durch Prorogation für Sachen andrer Art nicht zuständig werden.

7) Regula juris est, omnes licentiam habere his, qui pro se indulta sunt, renunciare. S. C. 1 de episcopis et clericis (1, 3). Vergl. C. 29 de pactis (2, 3).

8) Staatsvertrag mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 §. 4 (Moritz Nov. Samml. IV S. 6, 7). — Vergl. Kreittmayr in den Anmerk. zum §. 17.

9) Linde a. a. O. Not. 4; Bayer a. a. O. — Vergl. insbesondre die Verordnung vom 28. Juli 1818; — Gönner und Schmidtlein Jahrbücher S. 301—23.

liegt ihm ob, die Klage zurückzuweisen; sollte auch der Beklagte sofort mit erschienen seyn, und seine Bereitwilligkeit, hier Recht zu nehmen, erklärt haben [10].

9) Die Prorogation macht den gewillkürten Richter für diese einzelne Sache [11] zum wirklich zuständigen; so daß dieser nun gerade so verfährt und mit gleicher Wirkung entscheidet, wie der gesezlich zuständige. Darin liegt der Unterschied vom Schiedsrichter [12]. Privatorum consensus judicem non faciet eum, qui nulli praeest judicio: nec, quod is statuit, rei judicatae continet auctoritatem [13].

10) Durch Uebereinstimmung beider Theile kann die Wirkung der Prorogation später wieder aufgehoben werden; und zwar gleichviel, in welcher Lage sich der Prozeß befindet [14]. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est [15]. Die Vorschrift der Gerichtsordnung:

> „Sie sind schuldig, denselben in jener Sache forthin für ihren Richter zu erkennen"

begründet keinen Gerichtszwang gegen den übereinstimmenden Willen beider Theile, sondern erklärt es nur für unzulässig, daß der eine Theil nach erfolgter Prorogation die Inkompetenz geltend mache, und so die Sache gegen

10) Reinhardt a. a. O. S. 56; Linde a. a. O.

11) Mit allen Nebensachen, welche nach den Grundsäzen der Konnexität vor denselben Richter gehören.

12) Als Schiedsrichter kann auch ein auswärtiger und ein solcher Richter erwählt werden, welcher nach dem oben unter Nr. 5 vorgetragenen Rechtssaze durch Prorogation nicht zuständig werden könnte. — Aber er handelt und entscheidet hier nicht als Richter, nicht in Gemäßheit seines Amtes.

13) C. 3 de jurisdict. (3, 13). Vergl. fr. 1 de judic. (5, 1); fr. 14 de jurisdict. (2, 1).

14) Martin, Bayer, Gensler und Linde a. a. O.

15) Fr. 35 de regulis juris.

den Willen des andern der Gerichtsbarkeit des gewillkürten Richters wieder entziehe.

II. [16])

Mit dem Richteramte sind noch andre auf das Rechtsleben der Staatsgenossen bezügliche Geschäfte verbunden, die man unter dem Ausdruck „unstreitige Gerichtsbarkeit" zu begreifen pflegt. Bei manchen Rechtsgeschäften ist die Zuziehung des Richters, die gerichtliche Protokollirung und Beurkundung oder Eintragung eine geseзlich vorgeschriebene Form; bei andern wird auch die gerichtliche Bestätigung des Inhalts [17]) erfordert; häufig wird die gerichtliche Fertigung von den Interessenten blos des Beweises wegen gesucht. — In solchen Fällen fragt es sich nun, ob die Betheiligten an einen bestimmten Richter gebunden sind, oder ob hier die Regeln über Zuständigkeit ausser Anwendung bleiben? — Den Ausdruck „jurisdictio voluntaria" bezieht die Gerichtsordnung nur auf diejenigen Fälle, in welchen den Betheiligten freie Wahl des Gerichtes zusteht. Es soll dies jedoch nur bei Aufnahme leztwilliger Verfügungen statt finden. — Diese Vorschrift ist, wie die An-

16) Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1821 2 Bde 2te Ausg. Mittermaier der deutsche Prozeß Beitrag 2 ed. II S. 45 ff.

17) Ueber die gerichtliche Bestätigung gilt der Grundsaz, daß sie, ihrem Begriffe zufolge, kein selbstständiges Recht gewähren und den Inhalt des zu bestätigenden Geschäfts nicht ändern kann. Wenn daher in den Bestätigungsworten dem Vertrage ein andrer Sinn unterstellt wurde, als sich aus den deutlichen Vertragsbestimmungen ergiebt, so richtet sich doch der Vollzug und die Beurtheilung lediglich nach diesen. Vergl. Cap. 1, 4 X de confirm. util. et inutil. (2, 30); cap. 6 X de fide instrum. (2, 22); cap. 13, 29 X de privileg. (5, 33) Mevius dec. P. I dec. 6. Göz altdorfer Rechtssprüche S. 125—6.

merkungen zeigen [18]), der Natur der Sache gemäß, keine prozessualische, sondern eine civilrechtliche. Sache des Civilrechts ist es, die Form, so wie überhaupt die Bedingungen der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte festzusezen, insbesondere auch die gerichtliche Bestätigung anzuordnen; nicht minder Regeln darüber aufzustellen, wie die Errichtung von Rechtsgeschäften zu beweisen sey [19]). Die Frage, ob zur gerichtlichen Fertigung resp. Beglaubigung oder Bestätigung eines Rechtsgeschäftes, damit sie wirksam sey, das für die Personen, beziehungsweise die Sache, im Allgemeinen zuständige Gericht angegangen werden müsse, ist nach den jeden Orts geltenden Civilgesezen zu beurtheilen. — Als allgemeine Regel läßt sich aufstellen, daß überall, wo dem richterlichen Akte eine Prüfung des Inhalts (causae cognitio) vorhergehen muß, das zuständige Gericht anzugehen, ausserdem aber, z. B. wenn es sich blos von Beglaubigung, von Sicherung des Beweises handelt, die Wahl des Gerichtes frei sey. Patrimonialgerichte II. Klasse sind nach §. 77 der VI. Beilage zur Verfassungsurkunde zur Protokollirung und Beurkundung gütlicher Vereinigungen und Vergleiche nur unter der Voraussezung authorisirt, wenn wenigstens Einer der streitenden Theile seinen Wohnsitz in dem Bezirke des Patrimonialgerichts hat. — Diese Vorschrift soll auch für Patrimonialgerichte erster Klasse und bei allen Handlungen der „nichtstreitigen" Gerichtsbarkeit gelten [20]).

18) In allen den in den Anmerkungen angeführten Fällen ist die Zuziehung des Richters resp. die obrigkeitliche Bestätigung durch civilrechtliche Geseze vorgeschrieben.

19) Der Codex civilis bavaricus, das preußische Landrecht, der code civil. enthalten zahlreiche Bestimmungen über den Beweis der Rechtsgeschäfte.

20) Ministerialrescript vom 27. Nov. 1831. Insbesondre sollen die Bestimmungen des preußischen Landrechts hinsichtlich der auf Individuen, welche nicht Gerichtseingesessene sind, ausgedehnten Befugnisse der Gerichte bei Handlungen der frei-

§. 18.

Von der jurisdictione delegata [1]).

I.

Die Gerichtsordnung stellt hier Fälle zusammen, die unter wesentlich verschiednen Gesichtspunkten stehen. Vor Allem ist hier

a) auf den Verfassungsgrundsaz:

„Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden" [2])

Bezug zu nehmen. In Gemäßheit dessen kann eine Delegation der Gerichtsbarkeit, d. h. Uebertragung der Verhandlung und Entscheidung einer oder mehrerer konkreter Rechtssachen an Gerichte oder Richterpersonen, welche nicht das gesezlich zuständige Gericht sind, von dem Justizministerium [3]) niemals ausgehen. — Wohl aber steht

b) diese Befugniß den Obergerichten in der Art zu, daß sie die Verhandlung und Entscheidung einzelner Rechtssachen dem zuständigen Gerichte abnehmen und einem andern übertragen können; jedoch nur unter gewissen Voraussezungen; nämlich wenn

willigen Gerichtsbarkeit vermöge des Ed. VI zur Verf. Urk. auf die Patrimonialgerichte nicht mehr angewendet werden können.

1) Martin Lehrbuch ed. XI §§. 300, 301. Linde Lehrbuch ed. III §§. 69, 70. — Gensler Anleitung zur gerichtl. Praxis Th. I §. 47. — Eine ausführliche Entwicklung dieser Lehre (freilich zum großen Theile heutzutage unbrauchbar) findet sich in Claproth's Einleitung in den ordentl. Prozeß §§. 54—64. S. auch Gönner Handbuch des Prozesses Bd. IV Nr. 73.

2) Tit. IV §. 8.

3) Daß eine solche Delegation nicht vom Kabinet ausgehen könne, versteht sich ohnehin von selbst.

1) beide Partheien [4] darum bitten [5]; oder

2) der zuständige Richter wirksam rekusirt ist [6] oder überhaupt dem Oberrichter als befangen erscheint [7]; ferner

3) wenn das zuständige Gericht gerade nicht gehörig besezt ist [8], die fragliche Sache aber keinen Aufschub leidet;

4) wenn ein Gericht die Rechtspflege hartnäckig verweigert oder verzögert [9].

Solche Uebertragungen können nicht blos von dem Oberappellationsgerichte, sondern auch von den Gerichten zweiter Instanz verfügt werden [10].

c) Ganz verschieden hiervon ist der Fall, wenn ein Obergericht eine Rechtssache, für welche es selbst in erster Instanz zuständig ist, einem Untergerichte überträgt [11]. Eine solche Uebertragung kann zwar zum

4) Auf deßfallsige Bitte einer Parthei muß jedenfalls der Gegner gehört werden. Martin a. a. O. §. 300.

5) Linde a. a. O. bemerkt mit Recht, es lasse sich nicht beweisen, daß in solchem Falle dem Gesuche auch willfahrt werden müsse.

6) S. unten §. 20.

7) Vergl. Const. un. ne quis in sua causa (3, 5).

8) Wird zur Verwaltung eines erledigten Gerichtes ein einem andern Gerichte angehöriger Staatsdiener bestellt, so ist dies nicht Delegation, sondern intermistische Besezung.

9) Vergl. Hofrathsordnung vom 16. Aug. 1779 Art. III §. 2. Linde a. a. O. verg. mit Dr. Rudhart's Bericht über den revidirten Entwurf von 18²⁷/₂₈ S. 67 — 69.

10) Nicht entgegen ist Novelle vom 29. Juli 1806 (Nov. Sammlung I S. 125). Sie spricht blos von dem Falle, wenn ein Mittelgericht eine Sache, für welche es selbst in erster Instanz zuständig ist, einem Untergerichte auch zur Entscheidung übertragen wollte.

11) Z. B. im Falle der Konnexität wegen Einheit des Klagegrundes. S. oben §. 10, III.

Zwecke der Verhandlung, nicht aber zum Zwecke der Entscheidung Plaz greifen [12]).

d) Koordinirte Gerichte können einander zwar zur Vornahme einzelner gerichtlicher Handlungen requiriren, aber keineswegs zur Verhandlung ganzer Rechtssachen oder gar zu deren Entscheidung delegiren. — In Ansehung derjenigen Rechtssachen, welche bei den Kreis- und Stadtgerichten, als bevorzugtem Gerichtsstande, anhängig sind, bestimmt die Verordnung vom 29. Sept. 1818, daß „zur Verrichtung aller Handlungen der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit, welche ausser dem Gerichtssize am Wohnorte der den privilegirten Gerichtsstand genießenden Personen oder auf dem Gute eines Adeligen (§. 11 des Edikts über den Adel) vorzunehmen sind, z. B. gerichtliche Versieglung ausser Sterbfällen [13]), Inventuren, Insinuationen, Schäzungen, Versteigerungen, Aufnahmen durch Kunstverständige, Exekutionen u. dgl. die ordentlichen Gerichte, in deren Jurisdiktionsbezirke die Handlung zu geschehen hat, auf Ersuchen der Kreis- und Stadtgerichte nicht nur befugt, sondern daß dieselben auch dergleichen Ansuchungsweise an sie gelangenden Aufträgen sich jedesmal zu unterziehen verpflichtet seyen" [14]).

12) Auch nicht mit Genehmigung des Königs s. oben lit. a vgl. Verf. Urk. Tit. VIII §. 3.

13) Derselbe §. verordnet unter Nr. 1: „In Sterbfällen, welche sich ausser dem Size des kompetenten Kreis- und Stadtgerichts ereignen, und eine Versieglung des Nachlasses erfordern, soll die Sperre von der durch den §. 8 des Edikts über die Siegelmäßigkeit dazu berechtigten und beauftragten ordentlichen Obrigkeit des Orts angelegt, der Sterbfall jedoch alsbald dem einschlagenden Kreis- und Stadtgerichte angezeigt werden."

14) In Nr. 3 ist weiter verordnet: „Den kompetenten Kreis- und Stadtgerichten bleibt zwar überlassen, ob sie in einzelnen Fällen nach Verhältniß der Umstände den Akt durch einen

e) Von der Delegation wesentlich verschieden ist die Deputation [15]), worunter man die Bestellung einzelner Gerichtsmitglieder (resp. Gerichtsabtheilungen) zur Vornahme einzelner gerichtlicher Handlungen, oder zur Verhandlung, beziehungsweise auch zur Entscheidung einzelner Rechtssachen [16]), oder auch einer ganzen Gattung [17]) oder Reihenfolge von Rechtssachen [18]) versteht. — Auch von dem Falle der Deputation wird der Ausdruck „Gerichtskommission" gebraucht.

Die Gerichtsordnung stellt

f) unter den Begriff der Delegation auch die Besezung eines Patrimonialgerichts von Seite des Gerichtsherrn.

II.

1) Es ist nur eine Folge allgemeiner Rechtsgrundsäze, daß sich die Wirksamkeit der zulässigen Delegation oder Deputation nicht über die Gränzen des ertheilten Auftrags (des Kommissoriums), d. h. nicht weiter erstreckt: „als der Inhalt desselben, oder die Natur und Eigenschaft des übertragenen Geschäfts in der Folge mit sich bringt." — Soll der delegirte Richter oder der Gerichtskommissär die Sache nur verhandeln, so liegt jede Entscheidung, auch über die sich bei der Verhandlung ergebenden Zwischenfragen [19]),

eigends abzuordnenden Kommissarius vornehmen zu lassen nothwendig finden, jedoch wollen wir, daß auf Kosten- und Zeitersparniß, so viel es das Interesse der Theile gestattet, der möglichste Bedacht genommen werde."

15) Gensler a. a. O.

16) So bei den Untergerichten ohne kollegiale Verfassung.

17) Z. B. der s. g. Bagatellsachen.

18) Z. B. der in dem Wochenturnus vorkommenden Bagatellsachen.

19) Z. B. über Kontumazialanträge, Restitutionsgesuche, auch Fristgesuche, sofern der Gegner darüber zu hören ist, über die Eidesformel u. s. w.

ausser der Sphäre seiner Zuständigkeit. — Dagegen ist der zur Zeugenvernehmung über Artikel und Fragestücke delegirte, kommittirte oder deputirte Richter wohl befugt, nach Umständen von dem richterlichen Fragerecht Gebrauch machen. Denn die Natur und Eigenschaft des übertragenen Geschäfts bringt dieses mit sich.

2) In den oben lit. b erwähnten Fällen der eigentlichen Delegation tritt der delegirte Richter ganz in die Stelle des zuständigen; es steht ihm die Verhandlung und Entscheidung der Sache in allen Beziehungen [20], nicht minder der Vollzug, gerade so zu, als sey er selbst der gesezlich kompetente Richter.

3) Hat die Delegation blos die Verhandlung zum Gegenstande, und es glaubt eine Parthei über das Verfahren des delegirten Richters Beschwerde führen zu können, so ist diese bei dem delegirenden Gerichte anzubringen [21].

Giebt im Falle der Deputation das Verfahren des Gerichtskommissärs zu Beschwerden Anlaß, so hat man sich, wenn eine disciplinäre Einschreitung, z. B. wegen Verzögerung in Frage, an den Gerichtsvorstand, oder, ist dieser selbst der Kommissär, an das Obergericht zu wenden. — Betrifft aber die Beschwerde Mißgriffe oder Verkürzungen in der Prozeßleitung, so geht sie bei Kollegialgerichten an das Kollegium, sonst aber an den Oberrichter.

4) Die Vorschrift der Gerichtsordnung, nach welcher die Kommission durch den Tod des Kommittenten erlischt, ist in keinem der angeführten Fälle anwendbar [22].

20) Daher auch in Ansehung einer angebrachten Wiederklage Cap. 1 X de mut. pet. (2, 4). — Vergl. Kori über die Wiederklage ed. II §. 7.

21) Vergl. Kind quaest. for. ed. II Tom. III p. 357. Gensler a. a. O. Mühlenbruch Entw. des Civilprozesses S. 46.

22) Der Fall einer richterlichen Kommission, wie ihn v. Schel-

§. 19.
Von dem Rechte der ersten Instanz.

1) Die Gerichtsordnung bestimmt:

„Bei der obern Instanz soll mit Umgehung der untern nichts angebracht, und dergleichen unförmliche Absprünge keiner Parthei, wer sie immer seyn mag 1), ohne gutwilliges Einverständniß der anderen bei willkürlicher Strafe mehr gestattet werden.“

Aus den Worten „ohne gutwilliges Einverständniß der andern“ möchte man schließen, daß es, wenn beide Partheien einverstanden sind, keinem Bedenken unterliege, jede Sache sofort mit Umgehung der ersten an die zweite Instanz zu bringen. Allein dies ist nicht der Fall, die Gerichte zweiter Instanz sind nicht verbunden, sich nach Belieben der Partheien die Geschäfte der Untergerichte aufbürden zu lassen; vielmehr vermöge ihrer Stellung im Staatsorganismus so berechtigt, als verpflichtet, dergleichen Zumuthungen der Partheien zurückzuweisen.

2) Verweigert oder verzögert der Richter, bei welchem die Sache anhängig ist, die Verhandlung oder Entscheidung, so können sich die Betheiligten im Wege der Beschwerde (querela de protracta vel denegata justitia) an den nächst höhern Richter wenden. Diese Beschwerdeführung ist weder durch einen gewissen Betrag des Streitgegenstandes bedingt, noch an die Förmlichkeiten und Fristen der Berufungen gebunden. — Der Oberrichter erläßt hierauf — nach Umständen auf vorgängige Berichts- und Aktenabforderung — unter Anberaumung einer sachgemäßen Frist Beförderungsschreiben (promoto-

haß im Magazin Bd. I S. 201 voraussezt, kann nicht mehr vorkommen.

1) Zufolge dieser Bestimmung findet der ausserordentliche Gerichtsstand der mitleidenswürdigen Personen in Bayern nicht statt. S. Kreittmayr's Anm. zu dieser Stelle.

riales, mandata de administranda justitia); welchen nöthigenfalls Strafandrohungen beigefügt, und im Nichtbefolgungsfalle vollzogen werden [2]. — Auch kann die vorgekommene Justizverweigerung oder Verzögerung den Oberrichter bestimmen, die Sache einem andern Untergerichte zuzuweisen [3]; die Kosten der Beschwerdeführung sind von dem Richter, gegen welchen sie gerichtet ist, im Falle ihm eine Schuld zur Last fällt, zu ersezen [4]. — Giebt das Oberappellationsgericht zu solchen Beschwerden Anlaß, so sind sie bei dem Justizministerium anzubringen; und wird auch von diesem die Rechtspflege nicht in Gang gebracht, so steht den Betheiligten der Weg zur Bundesversammlung offen [5].

3) Daß man sich unmittelbar an den Oberrichter zu wenden hat, kann auch im Falle der Perhorrescenz vorkommen; davon im nächsten §en.

§. 20.

Von Rekusirung eines Richters [1].

Ueber die Verbittung der Richter gelten folgende Grundsäze:

2) Vergl. hierüber Claproth Einleit. in den ordentl. Prozeß §§. 191 ff.

3) Vergl. §. 18, I, lit. b nr. 4. — S. auch Hofrathsordnung von 1779 Art. III §. 2.

4) Martin Lehrbuch ed. XI §. 309. Verordn. v. 13. Juni 1815 §. 50. Reg. Bl. S. 475.

5) Wenn nämlich die Rechtssache länger als andre Rechtssachen unter gleichen Verhältnissen, oder als nach dem landesgesezlichen Prozeßgang nöthig ist, hingehalten wird. Auch ist die Annahme der Beschwerde von der Bundesversammlung durch die Nachweisung bedingt, daß ausreichende Abhülfe auf gesezlichen Wegen nicht erlangt werden kann. Rudhart das Recht des deutschen Bundes S. 153.

1) Gönner Handbuch 1, Nr. 12. Gesterding Nachforschungen Bd. I Nr. 4 und im Archiv für civ. Pr. Bd. VI S. 238. — Heise und Cropp jurist. Abh. Bd. II Nr. 2;

1) Besorgt eine Parthei aus „billigem Verdachtsgrunde,“ daß ihr von dem ordentlichen Richter wider den jezigen Gegner gleiche und unpartheiische Gerechtigkeit nicht werde gehandhabt werden, so ist sie denselben zu verbitten befugt. — Zu den billigen Verdachtsgründen wird Alles gerechnet, was einen Zeugen verdächtig macht [2]; und was ausserdem nach richterlichem Ermessen als geeignet erscheint, die fragliche Besorgniß zu rechtfertigen [3].

2) Der im gegebnen Falle vorhandene besondere Verdachtsgrund muß von dem Rekusanten nicht nur angeführt, sondern auch einigermassen bescheiniget werden; ohne daß diese Bescheinigung durch Erbieten zum Perhorrescenzeide ersezt werden könnte [4].

Martin (Adolph) Jahrb. der Gesezgebung und Rechtspflege in Sachsen Jahrgang II S. 323 (Abh. von Chr. Martin); — Martin Lehrbuch ed. XI §. 59; Linde Lehrbuch ed. III §§. 80 f.; Bayer Vorträge S. 50 ff. — Sowohl im Texte der Gerichtsordnung selbst (§§. 19, 20) als in den Anmerkungen wird ein der Doktrin sonst unbekannter Unterschied zwischen Perhorrescenz und Rekusirung gemacht. — Die praktische Bedeutung des Unterschiedes scheint darin gesezt zu seyn, daß vermittelst der Perhorrescenz die Sache an den nächsten Oberrichter devolvirt, bei der Rekusation aber damit geholfen wurde, daß ein andrer Richter, Referent oder Kommissarius bestellt, oder wenigstens adjungirt wurde. Heise und Cropp a. a. O. S. 64 not. 28.

2) Ger. Ordn. I §. 20 vgl. mit X §. 11. — Dahin gehört es auch, wenn der Richter in einer ähnlichen Rechtssache verwickelt ist (Ger. Ordn. X §. 11 Nr. 3). Vergl. Cap. 18 X de judic. (2, 1). Heise und Cropp a. a. O. S. 75; eben so, wenn er in derselben Sache früher einen Rath ertheilt hat. S. meine Abh. im Arch. f. civ. Pr. Bd. XI S. 372.

3) Kreittmayr in den Anmerk. zum §. 20 lit. a vgl. mit Claproth Einleit. §. 46 und Hofacker princ. Tom. III §. 4184 not. a.

4) Die Ger. Ordn. §. 19 verlangt alternativ entweder Be-

3) Das Verbittungsrecht steht nicht blos jeder der beiden Hauptpartheien, sondern auch dem Intervenienten zu, welchen der Ausgang des Prozesses in seinen Folgen trifft [5].

4) Das Verbittungsgesuch muß rechtzeitig angebracht werden [6], nämlich von dem Kläger noch vor oder doch mit Anbringung der Klage, von dem Beklagten mit oder statt der ersten Erklärung auf die Klage (in der Form der exceptio judicis suspecti); von dem Intervenienten mit der gerichtlichen Handlung, durch welche er in solcher Eigenschaft auftritt.

Eine spätere Rekusation sezt voraus, daß die Verdachtsgründe erst nach Eröffnung des Prozesses entstanden oder der Parthei bekannt geworden sind; was (in Ermanglung sonstigen Nachweises) auf Erfordern eidlich bekräftigt werden muß [7].

5) Hinsichtlich der Frage, bei welchem Gerichte das Verbittungsgesuch anzubringen, ist zu unterscheiden:

scheinigung oder Ableistung des Perhorrescenzeides. Dies wurde durch die Novelle vom 17. Okt. 1760 (Samml. I S. 129) in der angegebenen Art abgeändert. — Die Anwendbarkeit dieser Novelle in den einzelnen Bestandtheilen des Königreichs ist nach den oben (Einleitung §. 1) vorgetragenen Grundsäzen zu bestimmen. — Uebrigens läßt sich behaupten, daß nach Vorschrift der angeführten Novelle der Perhorrescenzeid überhaupt nicht mehr Plaz greife. Denn ist der Verdachtsgrund schon einigermassen bescheiniget, so bedarf es des Perhorrescenzeides nicht; und fehlt es an der Bescheinigung, so ist er nicht zulässig. Vergl. v. Schelhaß im Magazin I S. 203.

5) Linde im Lehrbuch §. 82.

6) Bayer Vorträge S. 51.

7) Cap. 25 X de officio et potestate jud. deleg. (1, 29); Bayer a. a. O. S. 52.

a) Ist das Gericht nur mit einer Richteramtsperson, nämlich der rekusirten, besezt, so ist das Gesuch bei dem Obergericht anzubringen. Dasselbe gilt

b) wenn bei einem aus mehrern Richtern bestehenden Gerichte der Vorstand oder das ganze Gericht rekusirt werden soll, oder wenn bei einem Gerichte, für dessen Entscheidungen vorgängige kollegiale Berathung unerläßlich ist [8]), die Rekusation gegen so viele Mitglieder gerichtet wird, daß nicht genug übrig bleiben, um in der Sache erkennen zu können. — In andern Fällen wird

c) das Verbittungsgesuch bei dem Direktorium oder überhaupt dem Vorstand desselben Gerichtes angebracht und darauf gerichtet, daß ein andrer Referent oder Instruent bestellt oder gewisse Mitglieder bei der Berathung nicht zugezogen werden möchten [9]). Es ist jedoch auch in Fällen dieser Art dem Rekusanten unbenommen, sich unmittelbar an das Obergericht zu wenden [10]).

6) Dem

8) Bei Landgerichten, auch wenn sie ausser dem Landrichter mit zwei Assessoren und einem Aktuar besezt sind, ist dies nicht mehr der Fall. — Ist das Landger. gerade nicht vollständig besezt, oder ist ein Gerichtsmitglied wegen Betheiligung an der Sache, wegen Krankheit, Abwesenheit u. s. w. an der Entscheidung des Streites Theil zu nehmen verhindert, so können auch solche Dekrete und Bescheide, welchen eine definitive Kraft beiwohnt, ohne kollegiale Berathung und Abstimmung erlassen werden. Min. Rescript vom 11. Jan. 1814 (Moriz III S. 207). S. unten Kap. II §. 1 Note 37. — Vergl. übrigens Heise und Cropp a. a. O. §. 13. — Verordnung vom 24. Juli 1808 (Nov. Samml. I S. 132).

9) Novellen vom 15. April 1778, 15. Dec. 1779 (Erläuterung der Hofrathsordnung); 23. und 30. Oktober 1783 (Nov. Samml. I S. 127—30).

10) Insbesondre wenn das Untergericht, z. B. ein Landgericht, nur aus wenigen Mitgliedern besteht.

6) Dem Gegner muß, zumal wenn die Verweisung der Sache an ein andres Gericht in Frage ist, Gelegenheit gegeben werden, sich über das Rekusationsgesuch vor dessen Bescheidung zu äussern [11]. —

7) Es versteht sich von selbst, daß diejenigen Personen, welche rekusirt werden sollen, über die Statthaftigkeit des Gesuchs nicht selbst erkennen dürfen. Ist dieses blos gegen den Instruenten oder Referenten, oder einzelne Mitglieder gerichtet, so steht, wenn nur sonstige Mitglieder noch in hinreichender Zahl vorhanden, die Erledigung dem Direktorium (Vorstand) des Gerichtes zu [12]. — Wenn jedoch der Rekusationsgrund der Ehre des betreffenden Gerichtsmitgliedes zu nahe tritt, so ist die Entscheidung dem nächst höhern Gerichte zu überlassen [13]; (bei dem obersten Gerichtshofe einem Senate desselben).

8) Gegen die über das Verbittungsgesuch ergangne Entscheidung steht (wenn nicht das Oberappellationsgericht selbst entschieden hat), jedem Theile die Beschwerdeführung an das nächst höhere Gericht zu [14].

9) Ist ein ganzes Gericht wirksam verbeten, oder findet der Oberrichter Bedenken, die Sache den noch übrigen Mitgliedern zu übertragen, so wird von ihm ein andres Gericht delegirt [15]. —

10) Hat eine Verbittung nicht statt gefunden, es ist sich aber der bestellte Instruent, Referent oder einer der Votanten des zur Entscheidung berufenen Senates eines

11) Die Substituirung eines andern an die Stelle des ordentlichen Richters ist eine so wichtige Sache, daß dem Gegner vorgängiges Gehör nicht verweigert werden darf.

12) Vergl. die Allegate der Note 9.

13) Nov. Samml. I Nr. CXXVI u. CXXIX S. 127, 130.

14) Nov. Samml. I S. 131. — Auch der entfernte Referent kann über den Beschluß des Direktoriums Beschwerde führen.

15) Bayer Vorträge S. 53. Linde a. a. O. §. 82.

gegen seine Person obwaltenden Verbittungsgrundes bewußt, oder ist er auch nur im Zweifel darüber, ob nicht ein solcher vorhanden, so hat er davon dem Vorstand Anzeige zu machen und dessen Entscheidung zu erholen.

11) die Bestimmung der Gerichtsordnung:

„Es soll auch kein Richter in eigner Sache urtheilen, ausser wenn sie ihn nicht so viel von Person, als von Amtswegen angeht"

findet insbesondre dann Anwendung, wenn der Rechtsstreit einen Fall betrifft, bei welchem der Richter bereits in einer andern amtlichen Eigenschaft thätig gewesen ist. In einem solchen Verhältnisse liegt, abgesehen von besonderen Umständen, z. B. einem drohenden Regreßanspruche, kein billiger Verdachtsgrund. Hat der Richter einen Vertrag bestätigt, ein Testament aufgenommen, einen Eintrag ins Hypothekenbuch bewirkt, so hindert ihn das nicht an Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites, wenn der fragliche Rechtsakt später als Rechte dritter verlezend und ungültig angefochten wird. — Hat ein Beamter, in seiner administrativen Amtssphäre, eine Verfügung erlassen oder eine Einrichtung getroffen, so ist dies kein Grund, nachher, wenn Dritte ihre Privatrechte dagegen geltend machen, seine richterliche Entscheidung abzulehnen [16]).

12) In den Anmerkungen erörtert Kreittmayr die Frage, ob nicht der Erbgerichtsherr in eigner Sache, nämlich gegen Hofmarksverwalter und Hofmarksunterthanen urtheilen könne? — Nach §. 62. der VI. Beilage zur Verfassungsurkunde kömmt den Patrimonialgerichten, auch wenn sie mit der streitigen Gerichtsbarkeit bekleidet sind, niemals eine Verhandlung und Entscheidung in sol-

16) Heise und Cropp a. a. O. §. 12.

chen streitigen Rechtssachen zu, bei welchen die Patrimonialgerichtshaber selbst betheiligt sind; vielmehr eignen sich dergleichen Streitgegenstände ausschließend zu den königl. Landgerichten. (Vergl. §. 120) [17].

§. 21.

Wie, wo und wann die Gerichte zu halten?

1) Das Gesez vom 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, bestimmt im §. 2: „Die Untergerichte sollen, den bestehenden Verordnungen gemäß, zur Anbringung und Verhandlung dieser (nämlich zu dem in der Novelle vorgezeichneten protokollarischen Verfahren geeigneten) Rechtssachen bestimmte Gerichtstage [1]) in jeder Woche halten." Hierzu bemerkt v. Gönner im Kommentar S. 35: „Die Gerichtstage müssen im Voraus bestimmt und zu Jedermanns Wissenschaft, allenfalls durch öffentlichen Anschlag, bekannt gemacht seyn. Die Zahl der Gerichtstage richtet sich nach dem Umfang eines Untergerichts, und der gewöhnlichen Zahl der Prozesse. Drängen sich mehrere Sachen an, als in den voraus bestimmten Gerichtstagen instruirt werden können, so sind die Gerichte verbunden, für diese Sachen besondre Gerichtstage anzusezen, desgleichen jene Gerichtshandlungen, die entweder, wie Einnahme des Augenscheins und Exekutionen ausser dem Gerichtsorte, die Abwesenheit eines Mitgliedes fordern, oder, wie Vernehmungen vieler Zeugen, Ediktstage bei Konkursen oder Versteigerungen, die gewöhnlichen Gegenstände der Gerichtstage hindern würden, auf andre Tage zu verlegen."

2) An dem gewöhnlichen Gerichtsorte sollen die Ge-

17) S. oben §. 11.

1) Nicht zu verwechseln sind hiermit die zum mündlichen Verhör in Bagatellsachen bestimmten Tage. Gönner a. a. O.

richte gehalten werden; es ist nicht zulässig, in der Privatwohnung des Richters gerichtliche Handlungen vorzunehmen [2]. — Verhandlungen ausser dem Gerichtssize sind möglichst zu vermeiden, und sollen nur, wenn die Beschaffenheit des Aktes, z. B. eines Augenscheins, einer Inventur, sie nothwendig machen, Plaz greifen. Insbesondre ist es untersagt, in Schuldsachen zur gerichtlichen Versteigerung von Gutskomplexen, zur Instruktionstagfahrt wegen einzelner Schuldforderungen, wegen Schuldliquidationen und Nachlaßverhandlungen Kommissionen an den Ort des Verkaufsobjekts, resp. den Wohnort des Schuldners, abzuordnen [3].

Der Patrimonialrichter darf nicht über vier Stunden von den entlegensten Gerichts-Hintersassen entfernt wohnen; auch soll der Siz des Amts an einem ein für allemal bestimmten Orte seyn [4].

§. 22.

Wie die Gerichtsbarkeit erlangt werde, und wiederum erlösche.

1) Das durch die Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 begründete Staatsrecht erkennt nur eine Quelle der Gerichtsbarkeit, den König. — Auch die gutsherrliche Gerichtsbarkeit kann nur von dieser Quelle ausgehen, und wird nur aus dessen besondrer Ermächtigung unter

2) Und dies zwar um so weniger dann, wenn der Richter, wie dies bei Patrimonialgerichten häufig der Fall ist, ausser seinem Gerichtsbezirke wohnt. Gerichtliche Handlungen (in Bezug auf streitige Sachen), welche der Richter ausser seinem Gerichtsbezirke vornimmt, sind nichtig. Denn hier fehlt es an der jurisdictio. — Vergl. Rescr. vom 24. Okt. 1815 (Moriz II S. 107—8).

3) Rescr. vom 2. Mai 1815 (Moriz III S. 95).

4) VI. Beil. zur Verf. Urk. §. 44.

der Oberaufsicht der königlichen Stellen ausgeübt [1]). Der zweite Abschnitt der VI. Beilage zur Verfassungsurkunde enthält die grundgesezlichen Bestimmungen über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit [2]); insbesondere im I. Titel (§§. 25—30) von den Vorbedingungen der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit; Titel II (§§. 31—41) von den verschiedenen Arten; Tit. III (§§. 42—50) von der Bestellung der gutsherrlichen Gerichte; Tit. IV (§§. 51—65) von den Dienstverhältnissen der gutsherrlichen Beamten; Tit. V (§§. 66—83, §. 112 ff.) von dem Wirkungskreise der gutsherrlichen Gerichte, und von den darauf bezüglichen Rechten und Verbindlichkeiten der Gutsherrn (allgemeine Bestimmungen und besondre von der Rechtspflege). — In demselben Edikte und zwar Tit. VI des II. Abschnitts (§§. 129—35) sind

2) die Vorschriften von dem Uebergang der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit an andre Besizer, von der Suspension und von dem Aufhören derselben enthalten. —

Diese Gesezesvorschriften zu erläutern, und prakti-

1) Es giebt also keine Gerichtsbarkeit mehr, die „von Eigenthums- und Gerechtigkeitswegen" exercirt wird. Die Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit sezt überall voraus, daß von Seite der Staatsregierung 1) das Vorhandenseyn der staatsrechtlichen Bedingungen dieser Gerichtsbarkeit anerkannt; 2) die Bestellung des gutsherrlichen Gerichtes genehmigt worden ist.

2) Eine auf blosem Personalrecht (wie z. B. auf der vormaligen Edelmannsfreiheit) fußende gutsherrliche Gerichtsbarkeit giebt es nicht mehr. Sie kann nur als Attribut der Gutsherrlichkeit bestehen. Ed. VI §§. 27, 28 ff. — Ueber die Auslegung und Anwendung des §. 28 vergl. die Ständeverh. von 1828 Beil. 83, 99 und Bd. XIV S. 339—608, und XVII S. 27 ff. — Vergl. die Entscheidung des Staatsraths im Reg. Bl. von 1829 Nr. 42.

sche Rechtssäze über deren Inhalt aufzustellen, ist Aufgabe des bayerischen Staatsrechts [3].

Ueber die Rechtsverhältnisse der auf die Gerichtsbarkeit freiwillig verzichtenden Standes- oder Gutsherrn ist ein besonderes Gesez am 28. Dec. 1831 ergangen; ein anderes, vom 1. Juli 1834, betreffend die Vindikation der Gerichtsbarkeiten, war die Frucht des jüngst vergangnen Landtags.

3) Vergl. Cucumus Lehrbuch des Staatsrechts §§. 149 ff.

Zweites Kapitel.

Von den gerichtlichen Haupt- und Nebenpersonen.

Zweites Kapitel.

Von den gerichtlichen Haupt- und Nebenpersonen.

§. 1.

Bestellung der Gerichte.

I.

1) In der Verfassungsurkunde Tit. VIII §. 1 ist bestimmt: Die Gerichtsbarkeit geht vom Könige aus. In Gemäßheit dessen gehört nicht blos die Besezung aller unmittelbaren Gerichte zu den Prärogativen der Krone [1]), sondern es ist auch die Besezung der standes- und gutsherrlichen Gerichte an die Genehmigung der Staatsregierung gebunden, deren Ertheilung im Namen des Königs

a) bei den Vorständen und Mitgliedern der standesherrlichen Justizkanzleien von dem Justizministerium [2]);

1) Der Vorschlag zur Ernennung, Beförderung, Versezung und Entlassung (im Sinne des Edikts IX §. 19) der Staatsdiener des reinen Justizfaches gehört zum Wirkungskreise des Justizministeriums. Verordn. vom 9. Dez. 1825 §. 27. Bei Besezung der Rathsstellen des Oberappellationsgerichts soll dieses Kollegium mit seinem Gutachten vernommen werden. Org. Edikt vom 24. Juli 1808 §. 47 (Reg. Bl. S. 1797). — Die Stufenfolge, in welcher alle Ernennungen zum Staatsdienste im Justizfache geschehen sollen, ist bestimmt in den Verordn. vom 24. Jan. 1815 (Reg. Bl. 1815), und vom 9. Febr. 1818 (Ges. Bl. v. 1818 S. 25). Rescr. vom 29. Okt. 1822 (Nov. III, 111). — Die Verordn. vom 29. Jan. 1832 (Reg. Bl. S. 135) ist ausser Wirkung gesezt.

2) Beil. IV zur Verf. Urk. §. 21.

b) bei den Herrschafts- und Patrimonialgerichten von den beiden Oberbehörden des Kreises geschieht [3].

Nur die standesherrlichen Justizbeamten I. Instanz werden ohne besondre Bestätigung ernannt; die Ernennung unterliegt jedoch, rücksichtlich der Qualifikation, der Kontrolle des betreffenden Gerichts II. Instanz und des Oberappellationsgerichtes [4].

2) Die Besezung der Richterstellen kann nur mit gesezmäßig befähigten Rechtsgelehrten geschehen [5]. — Ueber die Merkmale der Befähigung liegt als gesezliche Bestimmung [6] nur die Vorschrift der Hofrathsordnung vor, nach welcher die Ablegung einer Proberelation oder andre Erprobung vorhergegangen seyn muß [7]. Die Art und Weise der Erprobung durch Prüfungen und Praxis ist Gegenstand einer Reihe von Verordnungen [8].

3) Beil. VI zur Verf. Urk. §. 46.

4) Beil. IV zur Verf. Urk. §§. 22, 23.

5) Der §. 20 desselben Edikts spricht von gesezmäßiger Befähigung und verordnungsmäßiger Besoldung. Hiernach ist grundgesezlich ausgesprochen, daß die Bestimmung der Befähigungsmerkmale Aufgabe der Gesezgebung ist, hingegen die Regulirung der Besoldungen in den Bereich der Verordnungen fällt.

6) Bei dem Richterpersonale der Herrschafts- und Patrimonialgerichte erster Klasse muß dieselbe Befähigung nachgewiesen werden, welche zur Anstellung bei den königl. Landgerichten erfordert wird. Edikt VI §. 47. — Bewerber um Anstellung bei Patrimonialgerichten zweiter Klasse müssen wenigstens die Gymnasialstudien, und eine gerichtliche Praxis von drei Jahren nachweisen, und in der Prüfung über ihre Kenntnisse das Zeugniß einer hinlänglichen Fähigkeit erlangen §. 48. Advokaten können nicht zugleich Herrschaftsrichter oder Patrimonial-Gerichtshalter seyn, sondern müssen bei der Annahme eines solchen Amtes ihre Anwaltschaft niederlegen §. 49.

7) H. O. Art. I §. 1. — Vergl. §. 50 der VI. Beil. zur Verf. Urk.

8) Vergl. insbesondre über die Prüfungen die Verordnung v.

Unfähig ist, wer wegen Verbrechens verurtheilt wurde [9]).

3) Die erste Anstellung aller Richteramts-Funktionen versehenden Staatsdiener sämmtlicher Ober- und Untergerichte ohne Unterschied ist sogleich definitiv [10]).

Die Vorstände, Räthe und Assessoren der Justizkollegien, mit Einschluß der Kreis- und Stadtgerichte, verbleiben in allen Quiescenz-Fällen [11]) im Bezug des verliehenen Gesammtgehaltes [12]) (die Naturalbesoldung einbegriffen) [13]). Landrichter, Landgerichtsassessoren und Aktuare (denen die Richteramtspersonen der Herrschafts-

6. März 1830 (Reg. Bl. S. 581—603); Rescr. vom 7. Apr. 1833 (Reg. Bl. S. 307). — Ueber Amtspraxis und Acceß bei Stadt- und Appellationsgerichten; Rescr. vom 15. Aug. und 29. Sept. 1812, 28. Jänner und 31. Okt. 1813, 16. Juli 1816, 24. Febr. 1818 (Reg. Bl. 1816 S. 483). Moritz Nov. III S. 129; IV, S. 111.

9) Art. 22. Th. I des Strafgesetzbuchs.

10) Beil. IX zur Verf. Urk. §. 4.

11) Unter den Quiescenzfällen ist natürlich auch die im §. 19 des Ediktes als „Dimission" bezeichnete Versezung in bleibenden Ruhestand zu verstehen. Einem Richter kann bei Dienstenthebungen „in Folge einer administrativen Erwägung oder einer organischen Verfügung" der Gesammtgehalt, (resp. bei dem Landgerichtspersonale der fixe Geldgehalt) niemals geschmälert werden. — Eine Ausscheidung des Standes- und Dienstesgehaltes, und eine Einziehung des Lezteren kann bei Richteramtspersonen nur in dem Falle stattfinden, wenn sie wegen Verbrechens der Spezialuntersuchung unterworfen und nur von der Instanz entlassen wurden. Vergl. Th. II Art. 438, 440 des Strafg. — Oberapp. Ger. Erk. vom 10. April 1835, in der bei dem App. Ger. Ansbach mit R. 1124 $^{31}/_{32}$ bezeichneten Sache.

12) Beil. IX zur Verf. Urk. §. 23.

13) Rescr. vom 5. Juli 1830. Landtagsabschied vom 29. Dez. 1831.

und Patrimonialgerichte gleichgestellt sind [14]), behalten ihren fixen Geldgehalt [15]).

4) Dem Könige steht die Oberaufsicht über die Justizverwaltung zu [16]). Er übt sie durch das Justizministerium aus [17]). — Nebstdem ist jedes Obergericht Aufsichtsbehörde über die ihm untergebenen Gerichte erster Instanz [18]), das Oberappellationsgericht über die Appellationsgerichte und Justizkanzleien [19]).

Den Standes- und Gutsherrn ist gestattet, von der Verwaltung der Justiz bei den von ihnen bestellten Gerichten im Allgemeinen in so weit Einsicht zu nehmen, um die Abstellung der befundenen Mängel veranlassen zu können [20]). —

Die Aufgabe der Oberaufsicht ist überhaupt darauf beschränkt, Mißbräuche abzustellen, Hindernisse aus dem Wege zu räumen, gegen Verzögerungen einzuschreiten, und zur Beförderung der Rechtspflege — ausserhalb des Gebiets der Gesezgebung [21]) — allgemeine Anordnungen zu treffen. — Einmischung in Art und Weise der Leitung und Entscheidung einzelner Rechtsfälle, oder

14) Beil. VI zur Verf. Urk. §. 54.

15) S. Note 12 vergl. mit 11.

16) Verf. Urk. VIII §. 1.

17) Verordn. vom 9. Dez. 1825 §. 51 (Reg. Bl. S. 994).

18) Organ. Edikt vom 24. Juli 1808 §. 37 (Reg. Bl. S. 1795).

19) Dass. Edikt §. 54 (S. 1798). Vergl. Beil. IV zur Verf. Urk. §. 24.

20) Beil. IV zur Verf. Urk. §. 25; Beil. VI §. 62, 83.

21) Vergl. Verf. Urk. Tit. VII §. 2. Doktrinelle Auslegungen und Erläuterungen im Gebiete der Gesezgebung, welche in Rescripten des Justizministeriums oder des obersten Gerichtshofs ausgesprochen oder auch zur Nachachtung vorgezeichnet werden, haben keine verbindliche Kraft. Haben sie aber eine absolut zweifelhafte Frage zum Gegenstande, so ist es zulässig und zweckgemäß, sich darnach zu achten. S. oben Einleitung §. 8.

gar Hemmung anhängiger Streitsachen kann durch die zustehende Oberaufsicht nicht gerechtfertigt werden [22].

II.

Die Gerichtsbarkeit wird durch eine geeignete Zahl von Aemtern und Obergerichten in einer gesezlich bestimmten Instanzenordnung verwaltet [23].

Abgesehen von der Bildung der Mediatgerichtsbezirke, worüber die Beilagen IV und VI zur Verfassungsurkunde grundgesezliche Regeln aufstellen [24], gehört die Bestimmung der Zahl der Gerichte und die Abgrenzung der Gerichtsbezirke zu den Prärogativen des Königs [25]. Nur liegt mehrern grundgesezlichen Vorschriften die Voraussezung zu Grunde, daß in jedem Kreise (Regierungsbezirke) ein „Appellationsgericht" bestehe [26].

In die Sphäre der Gesezgebung fällt hingegen [27])

1) die Festsezung der verschiednen Arten von Gerichten [28],

22) Vergl. die Allegate der Note 20 mit Verf. Urk. Tit. VIII §. 3.

23) Verf. Urk. Tit. VIII §. 1.

24) Beil. IV Nr. II, Beil. VI Abschnitt II Tit. I, II, III.

25) (v. Feuerbach): „Die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates kann sie durch blose Verordnungen rechtsgültig abgeändert werden?" S. 45 ff.

26) Beil. IV §. 18; Beil. VI §. 60. — Vergl. Verordnung vom 2. Febr. 1817 Art. VII (Reg. Bl. S. 52).

27) Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 18 $^{27}/_{28}$, Beilagenband XVII Nr. LXXXIX S. 21. Vergl. v. Feuerbach a. a. O. S. 48. — Dagegen v. Spies in der Zeitschrift: das Inland 1830; Linde in der Gießner Zeitschrift Bd. VII S. 49 ff.

28) Z. B. die Festsezung eigenthümlicher Gerichte für Wechsel-, Berg-, Ehesachen; — — das Daseyn der Kreis- und Stadtgerichte, als privilegirten Gerichtsstandes der Adeligen, be-

2) die Bestimmung über den Wirkungskreis, den Umfang und die Grenze der Zuständigkeit jeder Art von Gerichten und ihr Verhältniß zu einander, insbesondre über die Instanzenordnung [29]);

3) die Bestimmungen über kollegiale und nicht kollegiale Verfassung [30]), über die Zahl von Richterpersonen, welche bei jeder Art von Kollegialgerichten zusammenwirken müssen [31]); überhaupt alle Vorschriften, welche die gehörige Besezung der Gerichte zum Gegenstand haben; insbesondre darüber, was einen Kollegialbeschluß erfordre, und was durch Einzelrichter oder Gerichtskommissäre verfügt und verhandelt werden könne.

III.

Kollegiale Verfassung besteht gesezlich

1) bei dem Oberappellationsgericht. Zur Bildung eines Senates sind ausser dem Vorstande 6 Räthe erforderlich [32]);

2) bei den Obergerichten (Appellationsgerichten und Justizkanzleien); in einem appellationsgerichtlichen Civilsenate dürfen (den Vorstand mitgerechnet) nicht weniger als 5 Mitglieder anwesend seyn [33]);

ruht sogar auf grundgesezlichen Vorschriften. Beil. V zur Verf. Urk. §. 11.

29) S. oben Note 1. — Dahin gehört der Inhalt des ersten Kapitels der Gerichtsordnung.

30) v. Feuerbach a. a. O.

31) Kreittmayr in den Anmerk. zur Ger. Ordn. Kap. XIV §. 6 lit. a vgl. mit Strafgesezbuch Th. II Art. 476, 479.

32) Organ. Edikt über die Gerichtsverf. vom 24. Juli 1808 §. 42 (Reg. Bl. S. 1796).

33) S. das angef. org. Edikt §. 27. — Bei mehrern Appellationsgerichten nehmen an der Berathung von Civilsachen niemal mehr als 4 Mitglieder (ausschließlich des Vorstandes) Theil; so daß die Andern, welche etwa noch anwesend sind, nicht aufgerufen werden. — Diese Einrichtung ist der an-

3) bei den Kreis- und Stadtgerichten [34]; zur Bildung eines Senates genügen drei Mitglieder [35];

4) bei den Landgerichten, welche ausser dem Landrichter mit zwei Assessoren besezt sind [36]; jedoch in der Art, daß die kollegiale Berathung wegfallen kann, wenn gerade durch Erledigung einer Stelle, oder durch Verhinderung eines Gerichtsmitglieds (wegen Betheiligung an der Sache, wegen Krankheit, Abwesenheit u. dgl.) das Kollegium, welches aus wenigstens drei Mitgliedern bestehen muß, nicht vollzählig ist [37]. — Der Aktuar kann nicht nur bei den Kollegialberathungen über Civilprozeßsachen die Stelle des abgehenden oder verhinderten Landrichters oder Assessors vertreten [38], sondern hat überhaupt in dem

dern, zufolge welcher alle anwesenden Mitglieder aufgerufen werden, offenbar vorzuziehen.

34) Org. Edikt vom 24. Juli 1808 §. 13; Verordn. vom 3. Dez. 1808 §§. 16, 17 (Reg. Bl. S. 2806).

35) Arg. §. 6 der eben angef. Verordn. Vergl. Moritz Nov. III, 206.

36) Organ. Edikt vom 24. Juli 1808 §§. 6, 13; vergl. mit den Verordn. vom 31. Aug. und 13. Dez. 1810 (Reg. Bl. S. 913 f. und 1393), und vom 6. Jan. 1812 (Reg. Bl. S. 172, 177).

37) Moritz Nov. III S. 207 Nr. 3. — Weil a) die Kollegialverfassung bei Landgerichten überhaupt nicht von gesezlicher Nothwendigkeit ist, und deren Aufhebung bei den einzelnen Landgerichten, durch Veränderung der Formation, im Wege organischer Einrichtung, unbedenklich jederzeit geschehen kann; übrigens b) das in §. 14 des organ. Ediktes vom 24. Juli 1808 angeordnete „Zusammentreten der Mitglieder und Entscheiden nach Stimmenmehrheit,“ nicht ausführbar ist, wenn nicht wenigstens drei Gerichtsmitglieder an der Berathung Theil nehmen können; — so läßt sich der im Texte dargestellte Gerichtsgebrauch wohl rechtfertigen, und demzufolge in das geltende Prozeßrecht aufnehmen.

38) Durch allerhöchstes Rescript vom 25. Juni 1814 ist den Aktuaren solcher Landgerichte, welche mit zwei Assessoren und

landgerichtlichen Justizkollegium, auch in den nicht von ihm selbst bearbeiteten Sachen, Siz und Stimme [39]).

Auch bei Kollegialgerichten, findet übrigens keine kollegiale Geschäftsbehandlung und Berathung statt:

a) in Ansehung der zur Prozeßleitung gehörigen Handlungen und Verfügungen [40]);

b) in Entscheidung der zur Kathegorie der Bagatellsachen (nach Gerichtsordnung Kap. III §. 3) gehörigen Rechtsstreite [41]), welche durch einen Gerichtskommissär geschieht.

Durch

einem Aktuar besezt sind, in Erledigungsfällen ein votum decisivum bei Berathungen über administrativ-kontentiöse Gegenstände zugestanden (S. Moritz Nov. Sammlung II S. 124, 140).

39) Nach den organischen Bestimmungen der frühern Zeit hatten die Aktuare, weil ihnen die Eigenschaft von Justizbeamten fehlte (S. Nov. Samml. I S. 147), in dem landgerichtlichen Justizkollegium nur eine begutachtende Stimme. — Nachdem aber die Landgerichtsaktuare durch die 9te Beil. der Verf. Urk. §§. 4, 23 den Richterbeamten im vollen Sinne des Wortes gleichgestellt sind, so kann es auch keinem Anstand unterliegen, daß ihnen Siz und Stimme, gleich den andern Kollegialmitgliedern, zukömmt.

40) Organ. Edikt vom 24. Juli 1808 §. 14; vergl. mit der Verordn. vom 3. Dez. 1808 Nr. 17. — Die prozeßleitenden Verfügungen, welche nach §. 2 der Nov. vom 22. Juli 1819 am Schlusse einer Verhandlung sofort getroffen und dem Protokolle beigesezt werden, erläßt und unterzeichnet das mit der Verhandlung der Sache beauftragte Gerichtsmitglied; — alle übrigen unterliegen der nach Analogie der Verordn. vom 10. Sept. 1816 (Reg. Bl. S. 579) Nr. III vorzunehmenden Revision des Gerichtsvorstandes, von welchem die Ausfertigung zu unterzeichnen ist. Verordn. vom 18. Juni 1810 §. 11 (Reg. Bl. S. 509). S. Note 43.

41) Organ. Edikt vom 24. Juli 1808 §. 14; Verordn. vom 3. Dez. 1808 Nr. 16, 17 (Reg. Bl. S. 2806).

Durch Einzelrichter werden Rechtssachen jeder Art so verhandelt als entschieden bei den Landgerichten, welche nicht ausser dem Landrichter mit zwei Assessoren besezt sind, bei den Herrschaftsgerichten und den Patrimonialgerichten erster Klasse [42]. Alle Verfügungen und Bescheide, sind sie gleich von einem andern Gerichtsmitglied (Assessor, Adjunkt, Aktuar) entworfen, gehen von dem Gerichtsvorstand oder dessen Stellvertreter aus [43]. Nur die prozeßleitenden Dekrete bei dem protokollarischen Verfahren bilden eine Ausnahme; sie werden von dem bestellten Instruenten erlassen. (Vergl. Note 40.) — Gleiches gilt von den Landgerichten mit kollegialer Verfassung für den Fall der Erledigung einer Stelle oder der Verhinderung eines Gerichtsmitglieds. (S. oben nr. 4).

IV.

Bei Erledigung statusmäßiger Stellen der Landge-

42) Verordn. vom 31. Aug. 1810 §. 10; Beil. VI zur Verf. Urk. §. 42.

43) Vergl. Verordn. vom 31. Aug. 1810 §. 10 (Reg. Bl. S. 917—18) mit Verordn. vom 28. Juni 1809 Nr. 2 (Reg. Bl. S. 1228) und Verordn. vom 18. Juni 1810 §§. 6, 11, 19 (Reg. Bl. S. 508, 509, 512). Gönner im Komm. zur Prozeßnovelle S. 38 bemerkt, es sey schon längst durch Verordnungen jedem Landgerichtsassessor gestattet, in Civilsachen alle prozeßleitende Dekrete ohne kollegiale Berathung zu erlassen. Dieß ist unrichtig. Die Verordnungen bestimmen das Gegentheil. Das organ. Edikt von 1808 §. 14 bestimmt: Dekrete und Bescheide, welche nicht definitiv sind, erläßt der Landrichter allein. Zufolge der Verordnung vom 28. Juni 1809 sind die Assessoren selbstständig und unabhängig — nur bei Abgabe ihrer Stimme in den förmlichen Sizungen. — Ganz kathegorisch ist die Vorschrift des §. 6 der Verordnung vom 18. Juni 1810: „Die Arbeiten der Landgerichtsassessoren und Aktuare, ihre Konzepte von Beschlüssen und Berichten aller Art haben an und für sich gar keine Gültigkeit, solange sie nicht mit dem Expediatur des Landrichters versehen sind.“

richte oder bei ausserordentlichem Geschäftsdrange wird den eben erwähnten Untergerichten häufig eine zeitliche Aushülfe durch Zuordnung von Funktionären gewährt. Darunter versteht man (theoretisch und praktisch) [44] geprüfte Rechtspraktikanten, welche — ohne den Richtereid [45] zu leisten und ohne die Eigenschaft eines Staatsdieners zu erlangen, zur Beihülfe bei den landgerichtlichen Geschäften auf gewisse (oder auch unbestimmte) Zeit bestellt sind [46]. Dieselben können nur zu solchen Richteramtsfunktionen verwendet werden, welche zur Prozeß-Instruktion gehören, und wobei kein Bescheid, noch sonst eine richterliche Verfügung zu erlassen ist, als Zeugenverhör [47], Produktionen, Kommissionen u. dgl. — Was die Ausübung des Richteramtes im engern Sinne betrifft, so ermangeln sie der Selbstständigkeit. Sie können auch bei dem protokollarischen Verfahren in Sachen, für welche sie als Instruenten bestellt sind, die prozeßleitenden Dekrete nur entwerfen; die Wirksamkeit ist durch die Genehmigung des Landgerichtsvorstandes bedingt; die

44) Vergl. die Verordnung vom 6. März 1830 (Reg. Bl. S. 581 ff.).

45) Der von ihnen zu leistende Eid ist in der Verordnung vom 2. April 1812 (Reg. Bl. S. 707) bestimmt. Moritz Nov. II S. 146—8.

46) Die Bestellung geschieht durch das Staatsministerium des Innern in Einvernehmen mit dem der Justiz; oder auch in dringenden Fällen durch die Kreisregierung in Einvernehmen mit dem Kreisappellationsgericht, unter Einholung nachträglicher Genehmigung der Ministerien.

47) Die Gerichtsordn. unterscheidet in Kap. X §. 16 den Beeidigungsakt vom Zeugenverhöre. — Jener muß von einem wirklichen Richter vorgenommen werden; nur zu lezterem können geprüfte Rechtspraktikanten, Funktionäre und Accessisten kommittirt werden. Verordn. vom 2. April 1812 (Moritz II S. 147). Vergl. Verordn. vom 29. Sept 1812 (Reg. Bl. S. 1657) Moritz III S. 130.

sog. mündlichen Verhörsprozesse dürfen ihnen zur Schlichtung [48]), nicht aber zur Entscheidung anvertraut werden; bei ihren schriftlichen Vorträgen aus geschlossenen Akten muß der Aktenauszug von einem Gerichtsmitgliede kontrollirt werden [49]), und ihre Stimme ist blos berathend.

In Ansehung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist verordnet, daß Funktionäre zwar zu kleineren Verlassenschaftshandlungen, z. B. Versieglungen, Inventarisationen verwendet werden, im übrigen aber nur unter der „Auktorität, Kontrolle und Verantwortlichkeit" einer Richterperson handeln können [50]). — Dies gilt insbesondre von der Aufnahme von Verträgen und leztwilligen Verfügungen; zumal wenn bei diesen Rechtsgeschäften die gerichtliche Fertigung eine geseẓliche Bedingung der Wirksamkeit ist.

Gleichen Umfang und gleiche Gränzen hat der Wirkungskreis derjenigen geprüften Rechtspraktikanten, welche ohne die Eigenschaft eines Funktionärs bei Landgerichten arbeiten, so wie der Stadtgerichtsaccessisten [51]).

48) Verordn. vom 29. Sept. 1812 Nr. 2. Vergl. Ger. O. III §. 3 Nr. 1: „Durch ein mündliches Verhör oder eine Kommission in Güte zu heben." — Nach dem Sinne der Gerichtsordnung wird hier Alles mündlich abgethan.

49) Verordn. vom 2. April 1812 (Moritz II S. 147). — Daß ein Korreferent aufgestellt worden, ist nicht erforderlich; es genügt, daß bei dem Vortrage selbst ein Gerichtsmitglied mit den Akten in der Hand die Kontrolle vornimmt. — Dieß erhellt aus der Verordn. vom 29. Sept. 1812 Nr. 2 (Moritz III S. 130), wo zwischen der Beiordnung eines Korreferenten und der Kontrolle des Aktenauszugs ausdrücklich unterschieden wird.

50) Verordn. vom 29. Sept. 1812 (Moritz III S. 130 vergl. mit der lithographirten Ministerialentschließung vom 18. Mai 1829). — Es ist verboten, die Landgerichtsschreiber zu Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verwenden.

51) Vergl. die mehrerwähnten Verordn. vom 2. April und 29.

V. [52])

Als protestantische Ehegerichte, zur Instruktion und Entscheidung der Ehestreitigkeiten aller im Königreiche, mit Ausnahme des Rheinkreises, wohnenden Protestanten, sind die Appellationsgerichte des Rezat- und des Obermainkreises [53]) in der Art bestellt [54]), daß bei vorkommenden Fällen solcher Art ein Senat aus protestantischen Mitgliedern dieser Gerichtshöfe gebildet wird. Nur wenn bei obwaltenden Verhinderungen die Zahl der vorhandenen Protestanten zur Bildung des Ehegerichts-Senats nicht hinreichen sollte, dürfen katholische Gerichtsmitglieder, jedoch blos zur Abstimmung, beigezogen, in keinem Falle aber denselben der Vortrag in einer solchen Rechtssache übergeben werden [55]). — Als zweite und lezte Instanz in protestantischen Ehescheidungssachen entscheidet das Oberappellationsgericht, und zwar ebenfalls durch einen besonderen jedesmal ausserordentlich zu versammelnden aus protestantischen Mitgliedern bestehenden Senat, bei welchem jedoch in Verhinderungsfällen gleichfalls Katholiken als Votanten beigezogen werden dürfen [56]).

Sept. 1812. — Dasselbe gilt von Appellationsgerichtsaccessisten in Bezug auf ihre Verwendung zu den Verhandlungen I. Instanz und freiwilliger Gerichtsbarkeit, welche bei diesen Gerichtshöfen vorkommen.

52) Verordn. vom 12. Dez. 1822 (Reg. Bl. S. 1313).

53) S. oben S. 106 Note 5.

54) Es soll indessen in jedem Falle der Sühneversuch, da bei demselben die Partheien persönlich erscheinen müssen, von dem ordentlichen Gerichte derselben, mit Zuziehung eines protestantischen Geistlichen, vorgenommen werden. Angef. Verordn. IV vgl. übrigens S. 106 Note 5.

55) Angef. Verordn. III.

56) Angef. Verordn. V.

VI.

Die Besezung der Handels- und Wechselgerichte ist nicht gleichförmig:

1) das Wechsel- und Merkantilgericht erster Instanz zu München, bildet ein eignes, ständiges Separat bei dem dortigen Kreis- und Stadtgerichte und besteht aus einem Vorstande, zwei rechtsgelehrten Räthen und sieben Assessoren des Handelsstandes [57]).

Das Wechselgericht erster Instanz in Augsburg besteht aus dem (rechtsgelehrten) Wechselrichter und zwei Assessoren aus dem Handelsstande [58]); das Handelsgericht erster Instanz zu Nürnberg aus einem Handelsrichter, einem der gemeinen Rechte kundigen Beisitzer, zwei ordentlichen und zwei supplirenden Assessoren des Handelsstandes [59]); alle übrigen Wechsel-, beziehungs-

57) Verordn. vom 30. Mai 1811 §. 1. Reg. Bl. S. 733 ff.

58) Verordn. vom 26. Jänner 1807. Reg. Bl. S. 219 ff.

59) Verordn. vom 18. Mai 1809 Nr. 1. Reg. Bl. S. 797 ff. — In dem Staatshandbuche von 1835 sind S. 254 zwei rechtsgelehrte Assessoren des Handelsgerichts Iter Instanz zu Nürnberg angeführt. — Nebst den Handelsgerichten beider Instanzen besteht zu Nürnberg ein Merkantil-, Friedens- und Schiedsgericht. S. das angef. Staatshandbuch a. a. O. Hierüber bestimmt die Nürnberger Handelsgerichtsordnung vom 7. Jänner 1804 §. 60: „Schließlich aber hat es bey der von Alters her bestehenden Einrichtung, nach welcher Streitigkeiten in Handelssachen bei den verordneten Vorstehern des Handelsstandes, in dem sogenannten Marktgewölbe, angebracht und daselbst entschieden werden können, lediglich das Bewenden, und Streitigkeiten, welche einmal daselbst angebracht sind, können in der Folge nicht mehr vor das Handelsgericht gezogen werden; es wäre denn, daß die Marktsvorsteher, entweder auf Verlangen der einen, oder der andern Parthei, oder aus ganz eigner Bewegung, für nöthig finden, sie dahin selbst zu verweisen; was aber ohne wichtige Ursachen, nie geschehen soll.“ S.

weise Wechsel- und Merkantilgerichte erster Instanz bestehen aus einem Vorstande und zwei Räthen aus der Mitte der Kreis- und Stadtgerichte, welchen sie einverleibt sind, und aus vier Assessoren nebst zwei Ersazmännern vom Handelsstande [60].

2) Das Wechsel-Appellationsgericht zu Augsburg [61], so wie das Handels-Appellationsgericht zu Nürnberg [62]) bestehen aus einem Direktor, drei rechtsgelehrten Räthen (diese wie jener aus der Mitte der dortigen Kreis- und Stadtgerichte) und drei funktionirenden (ordentlichen) nebst zwei supplirenden Assessoren vom Handelsstande; — alle übrigen Wechsel-, beziehungsweise Wechsel- und Merkantil-Appellationsgerichte, aus einem Vorstande, sechs rechtsgelehrten Räthen (diese wie jener aus der Mitte der Appellationsgerichte, welchen sie einverleibt sind), und vier Assessoren nebst zwei Ersazmännern vom Handelsstande [63].

VII.

Ueber die Besezung der Berggerichte erster, zweiter und dritter Instanz s. oben §. 13 Note 28—30.

Moriz Handbuch der Wechsel- und Merkantilgeseze S. 330. — Das Nähere wird unten zu Kap. XVII §. 2 vorkommen.

60) Vergl. die Verordn. vom 26. Okt., 29. Okt., 6. Novemb., 28. Nov. 1825 (Reg. Bl. S. 785 ff. 792 ff. S. 801 ff. S. 808 ff. S. 849 ff. und S. 961 ff.) und 28. Mai 1834 (Reg. Bl. S. 1049).

61) Verordn. vom 3. Okt. 1820. Reg. Bl. S. 827 ff.

62) Verordn. vom 18. Mai 1809 Nr. 3. Reg. Bl. S. 797 ff. — Im angef. Staatshandbuche S. 253 sind nur zwei rechtsgelehrte Beisizer des Handelsappellationsgerichts zu Nürnberg aufgeführt.

63) Vergl. die in Note 60 angef. Verordnungen mit der vom 27. Juni 1801. N. M. G. S. Bd. II S. 20 (Moriz Wechselgeseze S. 11—12).

§. 2.
Richtereid und Amt.

Ueber die Eidespflichten des Richters [1]) bedarf es keines Kommentars.

Derselbe ist angewiesen: „nach den im Königreiche eingeführten löblichen Rechten, Ordnungen und Gewohnheiten" zu urtheilen.

Bei der großen Mannigfaltigkeit der Rechtsquellen in den einzelnen Bestandtheilen des Staates [2]) sind die Rechtsgrundsäze von der „Kollision der Statuten" ein Gegenstand täglicher Anwendung. Die Gerichtsordnung enthält hierüber fragmentarische Bestimmungen, welche aber erst in Kap. XIV §. 7 nr. 8 vorkommen. — Es erschien mir zweckgemäßer, diese, offenbar zur Ein-

1) Vergl. über die Beeidigung der Mitglieder von Kollegien die Sammlung der Novellen Bd. I S. 141; über die der Landgerichtsassessoren und Aktuare Bd. II S. 144—6. — Die Ausschreibung vom 10. Febr. 1815, die Verpflichtung der Landgerichtsaktuare betreffend, wurde zu einer Zeit erlassen, wo die Staatsdiener dieser Klasse der Vorzüge der Justizbeamten noch nicht theilhaftig waren; ihre Verpflichtung nach der für die Landgerichtsassessoren vorgeschriebenen Eidesformel wurde damals nur für den Fall der Ermangelung oder Abwesenheit eines zweiten Assessors zugestanden, und demgemäß mit Beifügung der beschränkenden Klausel vorgenommen: „so oft mir die Berathung mit dem Landrichter und Assessor übertragen wird." — Nunmehr aber, da die Landgerichtsaktuare durch die Verfassungsurkunde Tit. VIII §. 3 und das IX. Edikt §§. 4 und 23 den Richterbeamten im vollen Sinne des Worts mit allen Prärogativen gleichgestellt sind, ist jene Beschränkung unwirksam geworden, und es wird daher auch die erwähnte Klausel bei der Verpflichtung weggelassen.

2) Vergl. Gönner und Schmidtlein Jahrbücher der G. u. R. Bd. II S. 1 ff.; das hier gegebene Verzeichniß ist nicht vollständig.

leitung gehörige, Lehre in einer der ersten Abtheilungen des Kommentars vorzutragen, und der §. 2 bietet hierzu einen natürlichen Anknüpfungspunkt dar.

A. Leitende Grundsäze.

1) Die Vorschriften der Gerichtsordnung sind, wie bemerkt, nur Stückwerk, und ermangeln zumal der gehörigen Bestimmtheit. In vielen Fällen sucht hier der Richter vergebens eine passende Norm. Findet sich diese nicht in dem Partikularrechte der Provinz (z. B. das preußische Landrecht, das österreichische Gesezbuch, der bayerische Civilkodex enthalten nähere Bestimmungen [3]), so muß man auf die Quellen zurückgehen, aus welchen der Verfasser der Gerichtsordnung schöpfte, auf das gemeine Recht und die „receptae sententiae" [4]) seiner Bearbeiter [5]). — Aber auch das gemeine Recht enthält über diesen Gegenstand nur einzelne Aussprüche, und wer sich nach der gemeinen Meinung, den receptis sententiis umsieht, stößt bei sehr vielen Fragen auf — Kontroversen. — Bei diesem Zustande der Quellen ist häufig **die Natur der Sache** der einzige Haltpunkt, und mitunter bleibt nichts übrig, als auf die Lösung des Knotens zu verzichten, und den Fall nach derjenigen Norm zu

3) Landr. Th. I Tit. I §§. 23—35. — Oesterr. Gesezb. §§. 4, 33—35; Codex civil. Th. I Kap. II §. 17.

4) Vergl. Thibaut (?) in den von Braun herausgegebenen Diktaten Bd. I S. 60.

5) Hert. opusc. Tom. I diss. III; Cocceji exercit. cur. Vol. I Disp. LIV; Riccius zuverlässiger Entwurf von Stadtgesezen Buch II Hauptstück 14 ff.; Alef dies academ. Diss. IV. — Vergl. Zachariä in der Themis von Elvers Bd. II S. 95 ff. — Schweppe Röm. Pr. R. ed. IV Bd. I S. 45—51. Mittermaier in der krit. Zeitschrift für Rechtsw. und Gesezg. des Auslands Bd. VII S. 228 ff.; Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht §§. 35 ff. Tittmann de compet. legum 1822.

entscheiden, welche das Naturgefühl des Rechtes, oder wenn man sich des Ausdrucks bedienen will, das Naturrecht an die Hand giebt [6]).

2) Im bürgerlichen Prozesse wird ein bestehendes Rechtsverhältniß geltend gemacht, keineswegs dasselbe durch den Prozeß erst begründet. Die Aufgabe des Richters ist, das Recht zu finden, nicht, dasselbe zu machen. — Daher die Regel: bei Entscheidung der materiellen, nicht erst aus dem Verfahren erwachsenen, Streitpunkte [7]), ist nicht das Gesez des Orts, an welchem zufällig der Prozeß geführt wird, sondern dasjenige zu Grunde zu legen, nach welchem das Rechtsverhältniß seinen Ursprung genommen, beziehungsweise — bis zu Erhebung des Prozesses bestanden hat [8]).

3) Ueber die aus einem Rechtsverhältnisse entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten können (abgesehen von den Vorschriften über die Rechtsfähigkeit der Personen) für die mehrern Betheiligten nicht mehrerlei Geseze gelten.

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Widerklage

6) Zachariä a. a. O. S. 101: „der Richter verwaltet, wenn er, von den positiven Gesezen verlassen, Kollisionsfälle der vorliegenden Art entscheiden soll, das Amt des Gesezgebers. Er hat sich besonders vor dem Fehler zu hüten, seine Entscheidungen, aus allgemeinen Regeln, statt aus der Beschaffenheit eines jeden einzelnen Falles abzuleiten." — Schweppe a. a. O. S. 46 — 7: „Scharfe, überall anwendbare, Grundsäze über das Verhältniß der verschiednen Geseze lassen sich nicht geben."

7) Gleichviel übrigens, ob sie die Klage selbst, oder Einreden, Repliken u. s. w. betreffen.

8) Bei Erörterung der einzelnen Fragen wird sich ergeben, daß manchmal andre Geseze, als die der Entstehung des Rechtsverhältnisses, auf die spätere Entwicklung desselben Einfluß äussern.

nicht nach andern Gesezen beurtheilt werden dürfe, als die Vorklage [9]).

4) Kein Theil kann zum Nachtheil des andern durch einseitige Handlungen, z. B. durch Wohnortsveränderung — bewirken, daß ein bestehendes Rechtsverhältniß nach einem andern Geseze beurtheilt werde, als welches vorher dafür gegolten hat [10]).

5) In so weit die Privatwillkür keinen Schranken unterliegt, ist darauf Rücksicht zu nehmen, welches Gesez die beiderseits Betheiligten bei dem Ursprunge des Rechtsverhältnisses — und überhaupt vor dem Beginne der zum Prozesse gediehenen Differenz, in Bezug auf dasselbe vor Augen hatten; — welches Gesez — nach der beiderseitigen Absicht — die Rechte und Verbindlichkeiten des Verhältnisses regeln und bestimmen sollte [11]).

6) Die Wirksamkeit von Prohibitivgesezen (welche

9) Eben daraus, daß das Recht im Prozesse nicht erst entsteht, sondern nur geltendgemacht wird, ergiebt sich die Folge, daß für die Beurtheilung der Wiederklage — in materieller Beziehung andre Geseze zur Anwendung kommen können, als für die Beurtheilung der Vorklage. — Jedoch lassen sich Fälle denken, wo es im höchsten Grade unbillig seyn würde, wenn man die Wiederklage nach andern, als den für die Vorklage anwendbaren, beurtheilen würde, z. B. wenn Forderung und Gegenforderung gleichartig sind, und der Kläger denselben Rechtssaz, auf den er seine Klage stüzt, nicht gleichmäßig für die Wiederklage gelten lassen will. Für Fälle soller Art gilt, was schon das alte bayerische Rechtsbuch verordnet: „Wer des Buchs genießen wolle, der soll sein auch entgelten.“ Kreittmayr Anm. zu Ger. Ordn. VIII §. 1 nr. 7 lit. k.

10) Fr. 39 de neg. gest. (II, 5): „naturalis enim, simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse; deteriorem non posse.“ S. unten

11) Eichhorn a. a. O. §. 37.

absolut gebieten oder verbieten) wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß man Handlungen, welche darunter zu subsumiren wären, absichtlich (in fraudem legis) oder auch zufällig an einem andern Orte vornimmt [12]).

7) Nach den Gesezen, nach denen sich der Ursprung des Rechtsverhältnisses bestimmte, richten sich auch die Eigenschaften (naturalia), d. h. die beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, die Fortdauer und eben so die Beendigung, insofern diese sich aus der Natur des Verhältnisses von selbst ergiebt [13]), oder aus Gründen erfolgt, welche in der Entstehungsthatsache bereits enthalten waren [14]).

8) Der Richter muß von Amtswegen in Erwägung ziehen, ob der Rechtsfall nicht nach andern, als den am Orte des Gerichtes geltenden Gesezen zu beurtheilen sey [15]). — Die Kenntniß andrer inländischer Geseze, seyen es auch nur Lokalstatuten, muß der Richter sich — etwa durch Korrespondenz mit andern Behörden — selbst verschaffen. Nur wenn die amtliche Nachforschung über Promulgation und Inhalt kein zuverlässiges Resultat geliefert hat, oder wenn auf Gewohnheiten Bezug genommen wird, darf er über deren Daseyn Beweis auflegen. —

9) Anders verhält es sich mit Gesezen des Auslands, nach welchen etwa das auswärts entstandene, in Bayern eingeklagte Rechtsverhältniß zu beurtheilen ist. In Ansehung dieser kann von der Parthei, welche Anspruch oder Vertheidigung darauf gründet, Beweis gefordert wer-

12) Zachariä a. a. O. S. 104; Langenn und Kori Erört. prakt. Rechtsfragen Bd. III S. 8. — Vergl. unten Note 42—4.

13) Z. B. durch die Erfüllung der Obligation.

14) Z. B. zufolge der dem Vertrage beigesezten conditio resolutiva.

15) Kori a. a. O. S. 29.

den [16]. Wenn von einem promulgirten Geseze des Auslands die Rede ist, so muß dem Prozeßrichter der Text des Gesezes und zwar in solcher Vollständigkeit vorgelegt werden, daß er in den Stand gesezt ist, dasselbe gehörig auszulegen [17]. Wird ein ausländisches Gewohnheitsrecht behauptet, so sind die allgemeinen Grundsäze vom Beweise der Gewohnheit in Anwendung zu bringen [18].

B. Besondere Grundsäze.

A. Personenrechte (Zustands — Familienrechte).

Man ist allgemein darüber einverstanden, daß sich diese Art von Rechten überall nach den Gesezen des Wohnorts bestimme. Das Gesez des Wohnorts entscheidet [19]

1) darüber, ob eine Person volljährig oder noch minderjährig, eignen Rechtens (sui juris) oder Hauskind, legitim oder illegitim geboren sey; nicht minder über die Rechte, welche von solchen persönlichen Zuständen abhängen (jura status) [20]. Dasselbe gilt von den Normen über die allgemeine Rechtsfähigkeit der Person [21]. —

2) Die Rechte der Ehe, sowohl die persönlichen als Vermögensrechte, bestimmen sich nach dem Geseze des

16) Mittermaier im Arch. für civ. Pr. Bd. XVIII S. 67 ff.

17) Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 82—3.

18) Inwiefern gerichtl. Zeugnisse über das Daseyn des Gewohnheitsrechtes für genügend zu halten — darüber vergl. Mittermaier a. a. O. S. 87.

19) Gerichtsordn. Kap. XIV §. 7 nr. 8. — Ueber den Fall, wenn Jemand mehrere Wohnorte oder zur Zeit keinen Wohnort hat, vergl. Schweppe a. a. O. S. 50; Tittmann l. c. §. 35.

20) Tittmann l. c. §§. 34, 35, 43, 44.

21) Die persönliche Fähigkeit oder Unfähigkeit einer Person, wie sie durch die Geseze ihres Wohnorts bestimmt ist, folgt derselben überall hin, bis sie ihr Domizil verändert. —

Orts, an welchem die Eheleute nach der Eingehung der Ehe ihren Wohnsiz nehmen. Dieses Gesez entscheidet

a) über die Erfordernisse der gültigen Eingehung der Ehe; indem das Gesez des Orts, wo zufällig die Trauung statt findet, nicht in Betracht kömmt;

b) über die persönlichen Rechte der Ehegatten;

c) über die ehelichen Vermögensrechte in der Art, daß

α) Ehepakten, wenn sie errichtet werden, sowohl in Ansehung der Form, als des Inhalts und der Wirkungen [22]), nach dem erwähnten Gesez zu beurtheilen [23]) sind;

β) dasselbe in Ermanglung vertragsmäßiger Festsezung über den Güterstand der Eheleute zur Norm dient, insbesondre darüber, ob Gütergemeinschaft statt findet oder Dotalsystem, ob allgemeine oder blos theilweise Gütergemeinschaft und unter welchen Modalitäten und mit welchen Wirkungen diese oder jene; ferner über Paraphernen, Widerlage, Leibgeding, Witthum, Schenkungen unter Ehegatten, Hochzeitsgeschenke, Morgengabe u. s. w.; nicht minder in Ansehung der Haftung für die während der Ehe gemachten Schulden und der Dispositionsbefugniß, so unter Lebenden, wie von Todeswegen [24]); endlich auch hinsichtlich der für den Fall der Trennung der Ehe (durch Tod oder Scheidung) eintretenden Rechtsverhältnisse, sowohl in Bezug auf den Ueberlebenden als auf Kinder und Verwandten, insoweit die für diesen Fall gel-

22) Sofern nicht etwa nach den Gesezen des Orts, wo die Güter liegen, zur dinglich-rechtlichen Wirksamkeit des Ehevertrages — noch besondre Bedingungen zu erfüllen sind.

23) Arg. fr. 65 de judiciis (5, 1).

24) Denn die besondern Bestimmungen über diese Rechtsfragen sind nur Korollarien aus dem in dem Güterstand überhaupt ausgesprochenen Prinzip.

tenden Rechtssäze mit dem bei Lebzeiten bestandenen Güterstande wie Folgesäze mit dem Prinzip wesentlich zusammenhängen.

Die Wirksamkeit des nach dem erwähnten Gesetze begründeten allgemeinen Güterstandes erstreckt sich sowohl auf die an andern Orten unter der Herrschaft andrer Geseze gelegenen Güter [25]; als auch auf die Zeit nach eingetretener Aenderung des Wohnorts der Eheleute [26]. Eine solche spätere Wohnortsveränderung hat der Regel nach keinen Einfluß auf die ehlichen Rechtsverhältnisse. Die durch Eingehung der Ehe erwachsenden Rechtsverhältnisse werden, wie diese selbst, nicht auf einige Zeit, nicht auf beliebige Aufkündigung, sondern auf Lebensdauer eingegangen [27], und selbst die eventuellen Rechtsfolgen einer künftigen Trennung stehen in innigstem Zusammenhange mit dem bei Eingehung der Ehe begründeten Rechtszustand. Tritt z. B. allgemeine Gütergemeinschaft nach würzburgischem Recht ein, so ist eine unmittelbare Folge davon, daß durch den Tod eines der Ehegatten keine Beerbung herbeigeführt wird, sondern das Gesammtvermögen sich in der Person des Ueberlebenden konsolidirt [28]. — Der anfangs begründete Güterstand ist sonach

25) Sofern hier nicht Prohibitivgeseze entgegenstehen.

26) v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. Bd. VI nr. 24 vergl. mit Pufendorf observ. Tom. II obs. 121. — A. M. sind Schweppe, Tittmann, Eichhorn a. a. O. Vergl. auch Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts §. 72, welcher dem Lehrsaze, daß die Veränderung des Wohnorts eine Aenderung der allgemeinen Rechtsverhältnisse nach sich ziehe, die Beschränkung beifügt: „nur darf dieß nicht mit der Störung bestimmter Rechte verknüpft seyn, welche auf den Grund desselben bereits erworben sind.“

27) Fr. 1 de ritu nupt.: „Inter marem et feminam contracto matrimonio consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio existit.“ Pufendorf l. c. §. 1.

28) v. Schelhaß Beiträge zur deutschen Gesezkunde H. I §. 46.

schon seiner Natur nach auf beständige Dauer gerichtet. — Eine spätere Veränderung des Wohnsitzes enthält, auch wenn sie ganz freiwillig mit Zustimmung beider Eheleute geschah, nichts weniger als eine stillschweigende Willenserklärung, daß man die ehlichen Rechtsverhältnisse verändern wolle. Denn dergleichen Veränderungen haben nach allgemeiner Erfahrung ganz andre Veranlassung und andre Zwecke. Jene Willensmeinung kann hieraus um so weniger gefolgert werden, als ja die Eheleute eine Veränderung der ehelichen Rechtsverhältnisse, wenn sie eine solche vornehmen wollen, unbedenklich durch Vertrag bewirken können. — Wollte man die Veränderung der ehelichen Vermögensrechte als eine sich von selbst verstehende Folge der Wohnortsänderung ansehen, so käme man zu der ungereimten Folgerung, daß der Mann, von dem allein die Veränderung des Wohnsitzes abhängt, ganz willkürlich Veränderungen in den Rechten der Ehefrau bewirken könne [29].

Wenn aber auch als Regel feststeht, daß die Veränderung des Wohnsitzes eine Veränderung des Güterstandes und seiner Rechtsfolgen nicht mit sich bringe, so ist doch immer auf die eigenthümliche Beschaffenheit des einzelnen Falles geeignete Rücksicht zu nehmen. — Es läßt sich nicht bezweifeln, daß es den Eheleuten unbeschadet der Rechte Dritter (welches auch die Kinder seyn können) freisteht, während der Dauer der Ehe eine Aenderung des bisherigen Güterstandes durch Vertrag zu bewirken. Wenn nun zwar ein ausdrücklicher darauf ge-

29) Welche Verwirrung würde in dem nicht seltenen Falle, daß mehrere Wohnortsveränderungen aufeinander folgten, sowohl im Verhältnisse der Eheleute zueinander als auch im Verhältnisse zu Dritten, insbesondre Gläubigern eintreten, wenn man annehmen wollte, daß jede Wohnortsveränderung, wenn die Gesezgebungen an den mehrern Orten verschieden sind, eine Aenderung des ehelichen Güterstandes mit sich bringe?

richteter Vertrag nicht vorliegt, so ergeben vielleicht die Umstände mit Gewißheit, daß eine Aenderung des Güterstandes durch stillschweigende Uebereinkunft der Eheleute stattgefunden habe. — Wo aber Gewißheit hierüber fehlt, bleibt es bei der Regel. Auch kömmt es darauf an, ob nicht dergleichen Eheverträge nach den Bestimmungen des Partikularrechts die Beobachtung gewisser Formen erfordern.

Eben so sind, wenn eine Scheidung in Frage kömmt, die Scheidungsursachen nach den Gesezen des jezigen Wohnorts zu bemessen; und das Gleiche gilt in Ansehung der Folgen der Scheidung, nicht minder der Trennung durch den Tod, in Bezüg auf das Vermögen, insoweit dieß geschehen kann, ohne die durch den ursprünglichen Güterstand erworbenen, zur Zeit der Scheidung oder Trennung noch fortbestehenden, Rechte zu verlezen. Lebten z. B. die mit Kindern gesegneten Eheleute bis zum Zeitpunkte der Scheidung in allgemeiner Gütergemeinschaft nach würzburgischem Rechte, so kann natürlich von den Vermögensnachtheilen, die nach den Gesezen des jezigen Wohnorts den schuldigen Ehegatten treffen und eine Ausscheidung der Vermögensbestandtheile voraussezen, nicht die Sprache seyn; eben so wenig unter gleichen Verhältnissen im Falle der Trennung durch den Tod von einer Beerbung, welche etwa nach den Gesezen des jezigen Wohnorts stattfinden würde, indem der Ueberlebende aus dem ursprünglichen, durch die Domizilsänderung nicht aufgehobenen Güterstande, das Recht auf Konsolidirung des Gesammtvermögens in seiner Person erworben hatte. — Lebten hingegen die Ehegatten zu Folge der Geseze (oder Verträge), welche ihren Güterstand bei Eingehung der Ehe oder doch seither bestimmten, überhaupt nicht oder doch nicht in solcher Gütergemeinschaft, welche im Falle der Trennung die Beerbung, beziehungsweise Ausscheidung der Vermögenstheile, nach Einbringung und Erwerb, ausschließt, so möchte zu unterscheiden seyn:

Wenn

Wenn a) an dem spätern Wohnorte, an welchem die Scheidung oder Trennung erfolgt, die allgemeine Gütergemeinschaft als Regel in der Art gilt, daß Beerbung und Vermögensausscheidung ausgeschlossen ist, so sind (vorausgesezt, daß eine Aenderung der früheren Verhältnisse durch Einverständniß der beiden Ehegatten nicht anzunehmen ist) die aus diesem Prinzipe abgeleiteten Normen bei dem eintretenden Scheidungs- oder Trennungsfalle deßwegen nicht in Anwendung zu bringen, weil sie eben Ausflüsse eines Güterstandes sind, welcher in dieser Ehe bis zu deren Trennung nicht bestanden hat. — Es bestimmen sich vielmehr die Folgen der Scheidung, so wie die Beerbung auf den Todesfall nach den Gesezen des frühern Wohnorts, nach welchen der Güterstand dieser Eheleute seinen Ursprung erhielt. Enthält jedoch das Gesez des neuen Wohnorts für den Fall, wenn etwa die Eheleute die landes- oder ortsübliche Gütergemeinschaft vertragsmäßig ausgeschlossen haben, solche besondre Bestimmungen, welche auf die Verhältnisse, wie sie gegeben sind, passen, so steht nichts im Wege, dieselben in Anwendung zu bringen; so wie auch

b) wenn beide Geseze, das des frühern und das des lezten Wohnorts, das Dotalsystem zur Grundlage haben oder doch auf den Trennungsfall eine Vermögensausscheidung, resp. wahre Beerbung festsezen, und nur in den besondern Vorschriften, z. B. in der Größe des Antheils, welchen der Ueberlebende von dem Vermögen des Vorverstorbenen, beziehungsweise von der Errungenschaft erhält, voneinander abweichen, — die durch den Scheidungs- und Trennungsfall eintretenden Vermögensrechte nach den Gesezen des lezten Wohnorts zu bestimmen sind. — Denn wo immer Gütergemeinschaft unter den Eheleuten nicht im Sinne des deutschen Gesammteigenthums [30]) besteht, kann man nicht sagen,

30) Vergl. Hasse Beitrag zur Revision der Theorie von der ehlichen Gütergemeinschaft 1808.

daß die auf den Todes= oder Scheidungsfall eintretenden Rechtsfolgen ein nothwendiger Ausfluß des bisher bestandenen Güterstandes sind; kein Ehegatte hat (abgesehen von Erbverträgen) schon vorher ein erworbenes Recht darauf, daß diese Folgen in der Art eintreten, wie sie das Gesez normirt, nach welchen der ehliche Güterstand begründet wurde; z. B. darauf, daß er von dem Vermögen seines verstorbenen Gatten den vierten oder einen Kindstheil, und eben so viel von dessen Errungenschaftshälfte erhalte; vielmehr wird hier ein Recht erst durch den eintretenden Fall, nämlich der Scheidung oder des Todes, erworben, und dieser jezt erst stattfindende Erwerb bestimmt sich nach den Gesezen desjenigen Orts, welcher zur Zeit, da die rechtserzeugende Thatsache eintrat, der Wohnort der fraglichen Personen war.

Nach diesen Grundsäzen sind sowohl die Rechte der Ehegatten selbst, als auch die der vorhandenen Kinder fest= und sicherzustellen.

Selbst auf die Eingehung der zweiten Ehe kann sich — nach verändertem Wohnorte — der Einfluß des Gesezes erstrecken, nach welchem der Güterstand der ersten Ehe ursprünglich begründet wurde. Wenn z. B. als Folge des Todes der Mutter nach würzburgischem Landrechte die Konsolidation des Gesammtvermögens in der Person des überlebenden Vaters — ohne Erbanfall an die vorhandenen Kinder — eintrat, so ist nun, wenn der Vater unter der Herrschaft anderer Geseze zur zweiten Ehe schreiten will, das Rechtsverhältniß der Kinder nach dem würzburgischen Landrechte zu bestimmen, d. h. es muß entweder Einkindschaftung [31]) oder Grundtheilung in der Art stattfinden, daß zwei Drittheile des vor=

31) Wird die zweite Ehe an einem Orte geschlossen, wo der Einkindschaftung ein Prohibitivgesez entgegensteht, z. B. Cod. civ. bav. I, 4 §. 12, so bleibt nur die andre Alternative, die Grundtheilung übrig.

handenen Gesammtvermögens an die Kinder erster Ehe fallen. Denn die Norm, welche den Kindern auf den Fall der Schließung einer zweiten Ehe des Ueberlebenden der Eltern solche Ansprüche zuerkennt, steht im wesentlichen Zusammenhange mit der andern, nach welcher bei dem Tode des einen der Eltern die Kinder gar nichts erben, der Ueberlebende vielmehr ohne Ausscheidung von Eingebrachtem und Erwerb, von Vater- und Muttergut, Alleineigenthümer des vorhandenen Gesammtvermögens wird. Das Gesez hält, solange der überlebende Ehegatte im Wittwenstande verbleibt, eine Fürsorge für das Interresse der Kinder für unnöthig; es läßt aber diese Fürsorge in erhöhtem Maße eintreten, wenn durch Schließung einer zweiten Ehe die Interessen der ersteheliehen Kinder mit Verlezung bedroht sind.

Ueberhaupt gilt der Grundsaz: bei Eingehung der zweiten Ehe müssen den Kindern erster Ehe diejenigen Rechte gewahrt, resp. verwirklicht werden, welche ihnen nach dem Geseze, welches die Folgen des Todes des Vorverstorbenen der Eltern bestimmt hat, für den Fall der zweiten Verehlichung des Ueberlebenden zukommen. —

Eine weitere Zweifelsfrage, welche sich bei der Uebersiedlung der Eheleute unter die Herrschaft anderer Geseze ergiebt, betrifft die Haftung für die Schulden. Man nehme an: nach dem bisherigen Güterstande der Eheleute hatte Keines für die von dem Andern gemachten Schulden zu haften. Nun ziehen sie an einen Ort, wo gegenseitige Haftung die Regel ist; hier werden von dem Einen Schulden gemacht; ist der Andere — nach dem Geseze des ursprünglichen Güterstandes — von der Haftung frey? oder kann der Gläubiger, der im Vertrauen auf das Gesez des neuen Wohnorts Kredit gegeben hat, sich auch an ihn halten? — Im Allgemeinen muß leztere Frage verneint werden, und der Gläubiger mag sich seinen Verlust selbst zuschreiben, wenn er es versäumt hat,

sich von den Verhältnissen der Personen, mit welchen er sich einließ, die erforderliche Kunde zu verschaffen [32]. Doch ist im einzelnen Falle immer darauf zu sehen, ob nicht anzunehmen, daß bereits eine Aenderung des Güterstandes in Gemäßheit der Geseze des neuen Wohnorts durch Einverständniß der Eheleute eingetreten war, und ob nicht für den andern Ehegatten ein besondrer Verpflichtungsgrund vorliegt. Die Interzession der Ehefrau, die Entsagung auf die weiblichen Rechtswohlthaten ist für gültig zu achten, wenn den Gesezen des neuen Wohnorts genügt ist [33]. Besteht am neuen Wohnorte die Vorschrift, daß die gegenseitige Haftung für die Schulden, nur durch eine öffentliche Bekanntmachung, zufolge welcher der landes- oder ortsübliche Güterstand ausgeschlossen wird, — vermieden werden kann, so findet dieselbe auch auf Personen Anwendung, welche ausserdem nach dem Güterstande ihres frühern Wohnorts leben, und nach diesem für die Schulden, welche der Andre macht, nicht zu haften hätten.

3) Die Verhältnisse der väterlichen Gewalt bestimmen sich nach den Gesezen des Orts, wo der Vater seinen Wohnsiz hat. Durch Veränderung des Wohnorts können dem Vater auf das bereits erworbene Vermögen der Kinder neue Rechte nicht verschafft werden.

4) Ueber die Bevormundung entscheidet das Gesez des Ortes, an welchem der Ascendent, in dessen Gewalt der Pflegling stand oder steht [34], seinen Wohnsiz hatte oder hat. Die gegenseitigen Verpflichtungen zwischen Vormund und Pflegling bestimmen sich nach den Gesezen des Orts, wo die Vormundschaft geführt wird.

32) Fr. 19 de reg. juris: „Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.“ —

33) Ger. Ordn. XIV §. 7 nr. 8.

34) Es kann ja auch unter gewissen Verhältnissen bei Lebzeiten des Vaters eine Bevormundung der Kinder nothwendig werden.

5) In Ansehung der Rechtsverhältnisse aus dem ausserehelichen Beischlafe entscheidet — nach der gemeinen Meinung [35]) — das Gesez des Orts der That. Aber diese Meinung ist nicht haltbar. Der Ort des Beischlafs ist häufig ganz zufällig, z. B. das Dorf, in welchem die Konkumbenten aus Veranlassung der Kirchweih zusammenkamen, der Wald, in welchem sie sich begegneten. Widerstreitet es nun nicht der ratio juris, daß dieser Zufall über den Umfang der Alimentationspflicht, über das Erziehungsrecht, das künftige Erbrecht, die exceptio plurium concumbentium u. s. w. entscheiden soll? — Die erwähnte Meinung führt ferner in der Anwendung zu unauflöslichen Schwierigkeiten, indem der Beischlaf nicht selten in der kritischen Zeit zu verschiednenmalen — an verschiednen Orten, die unter verschiednen Gesezen stehen, stattgefunden hat. Z. B. in Nürnberg gilt gemeines Recht, vor den Thoren das preußische. Wenn nun der Geselle seine Dirne zuerst im Wirthshaus oder im Getreide vor den Thoren beschlafen, sodann sie nach Hause begleitet, und in der Schlafkammer den Beischlaf wiederholt hat? Wenn das Rothenburger Mädchen am Abend, bevor sie sich nach Ansbach in Dienst begiebt, ihrem Liebhaber die höchste Gunst gewährt und dieser, nach 8 Tagen sie in Ansbach heimsucht und hier abermals den Minnesold erringt? Wie soll der Grundsaz bei mehrmals in verschiednen Lokalitäten gepflogenem Beischlaf in den Gegenden seine Anwendung finden, wo die Geseze nicht blos nach Dörfern, sondern nach Hausnummern verschieden sind? — Ein Rechtssaz, der in vielen Fällen nicht anwendbar ist, kann offenbar nicht gebilligt, er muß, wenn ihn das Gesez nicht aufdringt, als unhaltbar verworfen werden. Richtiger scheint es mir, die Geseze, unter welchen der als ausser-

35) Vergl. Thibaut (?) Diktaten ed. Braun Bd. I S. 59—60; Kritz Rechtsfälle I S. 124; Langenn und Kori Erört. prakt. Rechtsfragen Bd. III S. 13.

ehlicher Vater in Anspruch Genommene seiner Person nach steht, als Entscheidungsnorm für solche Verhältnisse, ohne Unterschied der Ansprüche der Mutter und des Kindes, gelten zu lassen. Der Beischlaf gehört offenbar zu den „mere personalibus“ und eben so ist die Vaterschaft ein rein persönliches Verhältniß [36]). Werden Dritte z. B. der Vater des Schwängerers, in Anspruch genommen, so versteht sich von selbst, daß sie nur nach den Gesezen ihres Wohnorts haften.

Noch ist

6) zu bemerken, daß Soldaten vom gemeinen Mann an bis zum Oberoffizier, hinsichtlich ihrer Personen- (Zustands- und Familien-) Rechte nach den Gesezen des Orts beurtheilt werden, wo sie vor dem Eintritt in den Kriegsdienst ihren Wohnsiz hatten; dagegen für die Oberoffiziere ohne Unterschied des Grades in dieser Hinsicht der bayerisch-maximilianeische Civilcodex zu Grunde gelegt wird. — Eben dieser Unterschied gilt für die übrigen bei dem Kriegsdienste als Auditore, Quartiermeister, Aerzte u. dgl. angestellte Personen in der Art, daß, wenn sie den Rang eines Oberoffiziers haben, der bayerische Civilcodex, ausserdem das Gesez des Orts, wo sie vor ihrer Anstellung in der Armee ihr Domizil hatten, in Anwendung zu bringen ist [37]).

B. Dingliche Rechte.

Für die dinglichen Rechte an Sachen gilt das Gesez des Orts, wo sie liegen [38]); und zwar ohne Unterschied

36) Vergl. Ger. Ordn. XIV §. 7 nr. 8.

37) Ges. vom 11. Juni 1816 nr. II (Reg. Bl. S. 387 f.).

38) Ger. Ordn. a. a. O. Vergl. Ges. vom 11. Juni 1816, I nr. 1. Werden bewegliche Sachen vorübergehend an einen Ort gebracht z. B., um sie vorzuzeigen, so kann dieser nicht als Ort der gelegenen Sache gelten. — Liegen bei Gutskomplexen einzelne Grundstücke unter der Herrschaft andrer Geseze, als das Hauptobjekt, so kommen, ungeachtet des

der beweglichen und unbeweglichen, und sowohl über den Erwerb und Verlust des Rechtes als hinsichtlich der dem Berechtigten zustehenden Befugnisse und deren Beschränkungen [39]; so über den Besitz wie über die Geltendmachung.

Es muß indessen bei Beurtheilung der Dispositionsbefugnisse des Berechtigten auf dessen persönliche Fähigkeit und Verhältnisse [40], und somit auf die Vorschriften des Gesezes gesehen werden, unter welchem er für seine Person steht; und eben so kann, zur Beurtheilung der Gültigkeit des Rechtstitels, die Rücksicht auf die Geseze desjenigen Ortes nothwendig werden, wo der den Titel bildende Vertrag geschlossen wurde [41].

C. Obligationsverhältnisse.

Was

1) die Verträge betrifft, so ist

Pertinenzverhältnisses, für die dinglichen Rechte an jenen die Gesezes des Ortes, wo sie gelegen sind, zur Anwendung — Dieß gilt um so mehr dann, wenn das Pertinenzstück ausser Landes liegt. Vergl. Rescr. des Justizministeriums vom 14. Jänner 1836 (Rep. 1 J. 22).

39) Welche etwa aus polizeilichen oder staatswirthschaftlichen Rücksichten verordnet sind. Mühlenbruch a. a. O.

40) Vergl. §. 99 des Hypothekengesezes vom 1. Juni 1822: „An Orten, wo die allgemeine Gütergemeinschaft der gesezliche Güterstand unter den Eheleuten ist, muß das Hypothekenamt sowohl bei Veränderung des Besitzes, als bei freiwillig bestellten Hypotheken, über den Güterstand des Betheiligten Nachfrage halten und nach Umständen den andern Ehetheil zur Erklärung über das einzutragende Rechtsgeschäft vorladen." S. auch §. 136 nr. 1.

41) Vergl. §. 15 des Hyp. Ges. „Aus einem Vertrage kann der Gläubiger die Eintragung einer Hypothek nur alsdann verlangen, wenn sie in einer gültigen, und, wo es die Geseze nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder Personen fordern, öffentlichen Urkunde ausdrücklich bedungen wurde."

a) die Fähigkeit zu deren Eingehung, sofern nicht vom Erwerb auswärts gelegener Sachen die Rede, nach den Gesezen des Wohnorts zu beurtheilen [42].

b) Die Form richtet sich nach den Gesezen des Eingehungsortes [43]. Soll indessen der Vertrag zur Begründung eines Familienverhältnisses dienen oder zum Erwerbe eines dinglichen Rechtes führen, so muß auch Alles beobachtet werden, was die Geseze des Wohnortes, beziehungsweise der gelegenen Sache hierüber vorschreiben [44]. In solchen Fällen findet gleiche Rücksichtnahme auf die Geseze des Wohnorts, beziehungsweise der gelegenen Sache

c) auch in Ansehung der Wirkungen des Vertrages statt. Im Uebrigen bestimmen sich die Auslegung und Wirkungen nach den am Orte der Eingehung geltenden Gesezen [45]; sofern nicht ausdrücklich festgesezt

42) Mühlenbruch a. a. O. §. 73. Nach diesen Gesezen richtet sich auch die Gültigkeit der Interzession einer Frauenperson; ferner die Gültigkeit eines zwischen Christen und Juden abgeschlossenen Vertrags, wenn hier das Gesez, unter welchem der Christ wohnt, die gerichtliche Fertigung, und etwa auch zur vormundschaftlichen Obhut für den Christen — gerichtliche Bestätigung nach vorgängiger causae cognitio verordnet. S. oben Note 12. — Vergl. Oberapp. Ger. Erk. vom 13. Jan. 1823 (267 $^{19}/_{20}$).

43) Ger. Ordn. XIV §. 7 nr. 8. Die Vorschrift betrifft aber nicht blos Form und Solennien, wenn zur Handhabung einer gewissermassen vormundschaftlichen Obhut über die Person, oder als Bedingung der Erwerbung dinglicher Rechte, obrigkeitliche Prüfung der Verhältnisse und Bestätigung des Vertrages vorgeschrieben ist. S. die vorhergeh. Note und oben Note 12.

44) Mühlenbruch a. a. O.

45) In der Ger. Ordn. XIV §. 7 nr. 8 ist über diese Frage eine Norm nicht aufgestellt. Zwar möchte es scheinen, als ob die Vorschrift:

oder nach den Umständen als stillschweigendes Einverständniß der Kontrahenten anzunehmen ist, daß die Geseze ei-

> „es solle nach dem Statut oder der Gewohnheit des Orts, wo die Handlung gepflogen wird, gesprochen werden, im Falle das Statut (oder Herkommen) nur die blose Form und Solennität der Handlung betrifft"

nach richtiger Folgerung es mit sich bringe, daß nicht nach dem Statute des Vertragsortes gesprochen werden solle, wenn dieses Statut etwas anderes, als die blose Form und Solennität, nämlich die Folgen und Wirkungen des Vertrages betrifft. — Diese Argumentation würde probehältig seyn, wenn anzunehmen wäre, daß sich der Gesezgeber die Aufgabe gemacht hatte, in der angeführten Stelle für alle Fälle der Kollision der Statuten feste Regeln vorzuzeichnen. Allein diese Voraussezung ist nicht gegeben; der Gesezgeber wollte den Gegenstand, welcher ohnehin zur Sphäre des Civilrechts gehört, nicht erschöpfen, sondern nur einige Hauptregeln an die Hand geben. Dieß erhellt auf das bestimmteste aus den Worten: „so hat der Richter vorzüglich dahin zu sehen." Hierdurch ist ausgesprochen, daß es über diese Materie noch andre, hier nicht vorgetragene Regeln gebe, deren Anwendung durch ihre Uebergehung keineswegs ausgeschlossen werden wollte. Bei so bewandten Umständen ist das argumentum a contrario trügerisch und unstatthaft. — Eben so wenig sind Normen über die Folgen und Wirkungen der Verträge in den andern Vorschriften der Ger. Ordn. enthalten, nach welchen Statuten, welche die Personen betreffen, sich nur auf die in jenem Orte wohnhaften Personen, und Statuten, welche die Güter betreffen, sich weiter nicht, als auf die in jenem Orte befindlichen Güter, erstrecken. Von Statuten, welche die Folgen und Wirkungen eines geschlossenen Vertrages bestimmen, kann man weder sagen, daß sie die Personen, noch daß sie die Güter betreffen. Das hieße die Grundbegriffe des Civilrechts, auf welchen insbesondre auch das System des bayerischen Landrechts fußt und nach welchen das Obligationenrecht einen so von dem Personenrechte wie von dem Sachenrechte getrennten selbstständigen Theil

nes andern Ortes entscheiden sollen. Wenn z. B. zwei Personen, welche unter der Herrschaft derselben Geseze

bildet, ganz und gar durcheinanderwerfen. — Jene Vorschriften enthalten gerade das Gegentheil von dem, was man gemeinhin darin findet; sie verordnen, daß sich die, die Personen oder Güter betreffenden Statuten nicht weiter als auf die an dem Orte wohnhaften Personen oder daselbst befindlichen Güter erstrecken; — daß sie sich also nicht auch auf die Folgen und Wirkungen der an andern Orten geschlossenen Verträge erstrecken. —

Ergiebt sich nun das Resultat, daß die Gerichtsordn. über die Frage, nach welchen Statuten die Folgen und Wirkungen eines Vertrages zu beurtheilen seyen, eine Bestimmung nicht enthalte, so hat man auf das gemeine Recht zurückzugehen, welches (fr. 34 de reg. juris) bestimmt: „semper in stipulationibus et in caeteris contractibus, id sequimur, quod actum est, aut si non pateat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.“ Damit stimmt das Gesez vom 11. Juni 1816, die für Rechtsverhältnisse der Militärpersonen geltenden Civilgeseze betreffend, im Art. I nr. 2 überein, indem hier verordnet ist: „Bei Klagen aus einem Vertrage sind die Geseze des Orts, wo derselbe seine Vollkommenheit erlangt hat, oder wo derselbe zu erfüllen ist, in Anwendung zu bringen.“ Zur Bekräftigung der hier vertheidigten Ansicht dient es noch, daß die gemeine Meinung, nach welcher die Folgen und Wirkungen eines Vertrages nach den Gesezen des Ortes, wo der Prozeß geführt wird, beurtheilt werden sollen, offenbar der Natur der Sache widerstreitet. Im Prozesse wird ein bestehendes Rechtsverhältniß geltendgemacht, keineswegs dasselbe durch den Prozeß erst begründet. Wollte man annehmen, daß die Rechte und Verbindlichkeiten der Kontrahenten nach den Gesezen des Orts, wo der Prozeß verhandelt wird, zu beurtheilen seyen, so käme man zu ganz ungereimten Folgerungen, nämlich daß a) das Rechtsverhältniß, welches vielleicht schon vor vielen Jahren entstanden ist, nun erst durch die Verfolgung seine rechtliche Norm erhielte, resp. daß durch die Verfolgung das Rechtsverhältniß ein anderes werden könne,

wohnen, zufällig an einem dritten unter andern Gesezen stehenden Orte kontrahiren, so liegt es wohl in der Natur der Sache, daß die Wirkungen des Vertrages nach dem Geseze des beiderseitigen Wohnorts beurtheilt werden [46]). Hieher gehört auch der Rechtssaz, daß derjenige Ort, wo die Erfüllung geschehen soll, als Eingehungsort anzusehen ist [47]). — Ist übrigens der einzelne Kollisionsfall so geartet, daß sich die Gründe für die Anwendung des einen oder andern Gesezes die Waage halten, so giebt die Natur der Sache, die Rücksicht auf die allgemeine Natur des Rechtsgeschäftes, und der Grund-

als es vorher war; b) daß ein Kontrahent durch Veränderung seines Wohnorts, welche eine Veränderung des forum domicilii nach sich zieht, die Rechtsverhältnisse eines früher eingegangenen Vertrages zu seinem Vortheil verändern könne; c) daß es bei elektiv konkurrirenden Gerichtsständen in der Willkühr des Klägers liege, die Bestimmung und Beurtheilung der vertragsmäßigen Rechte und Verbindlichkeiten nach diesem oder einem andern Geseze herbeizuführen.

Eben so unvernünftig ist die andre Ansicht, nach welcher die Rechte und Verbindlichkeiten nach den Gesezen des Orts, beziehungsweise der Orte zu beurtheilen sind, unter welchen die Kontrahenten wohnen. Das Ergebniß dieser Ansicht würde seyn, daß ein und derselbe Vertrag in seinen Wirkungen auf die mehrern Kontrahenten nach verschiedenen Gesezen beurtheilt werden könne; z. B. der Verkäufer Einer wohnt unter der Herrschaft des preußischen Rechts, der Andre unter der des gemeinen, von den Käufern wohnt der Eine an einem dem bayerischen Landrecht, der Andre an einem dem österreichischen Rechte unterworfenen Orte. Wenn nun die vorwürfige Rechtsfrage von den verschiedenen Gesezen verschieden entschieden ist, welcher Rechtsunsinn käme bei Geltendmachung der bezeichneten Ansicht heraus? — Nur wenn der Gesezgeber solche Unvernunft ausdrücklich sanktionirt, darf der Richter das Rechtsleben damit verkehren.

46) Tittmann l. c. §. 37.

47) Fr. 21 de obl. et act. (44, 7).

saz den Ausschlag, daß ein gegebenes Wort nach Treue und Glauben erfüllt werden muß.

Besondere Regeln:

α) Bei brieflich abgeschloßnen Verträgen ist der Ort, von wo aus die Offerte gemacht wurde, und wo das Acceptationsschreiben des andern Kontrahenten eingieng, als Vertragsort anzusehen [48]).

β) Wenn in den verschiednen Bestandtheilen eines Amtsbezirks verschiedne Geseze gelten, so ist der Ort, wo das Gericht seinen Siz hat, und wohin sich die Kontrahenten wegen der zu einem Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen gerichtlichen Fertigung, begeben müssen, deßwegen als Ort der Vertragsschließung nicht zu betrachten. Eine freiwillige Unterwerfung unter die Geseze des Amtssizes kann hier offenbar nicht angenommen werden; eben so wenig, daß durch die Einverleibung des unter der Herrschaft andrer Geseze stehenden Ortes in dieses Amt — die am Amtssize geltenden Geseze — stillschweigend für die bei Gericht vorzunehmenden Handlungen der Bewohner jenes Ortes eingeführt worden seyen. — — Vielmehr ist jedes Gericht (ohne Rücksicht auf die am Orte des Gerichtssizes geltenden Geseze) in Beziehung auf die vor ihm vorzunehmenden oder von ihm zu bestätigenden Rechtsgeschäfte stets an die Geseze der einzelnen ihm untergebenen Ortschaften gebunden und als darnach handelnd zu betrachten; und was Einwohner der unter andern Gesezen stehenden Bestandtheile des Bezirkes miteinander bei Gericht verhandeln oder abschließen, ist bezüglich auf Form, Auslegung und Wirkungen, so anzu-

48) Bevor derjenige, welcher den ersten Antrag macht, die acceptirende Antwort erhält, ist er nicht gebunden und kann noch zurücktreten; vorbehältlich der Entschädigungsansprüche des Andern, wenn er in Gemäßheit des Antrags sofort Ausgaben gemacht oder Verbindlichkeiten kontrahirt hat. Vergl. Hasse im rhein. Museum Jahrg. II H. 4 nr. 1.

sehen, als ob die Handlung innerhalb des Raumes selbst, wo das andre Gesez gilt, gepflogen wäre [49]). Gehören jedoch die mehrern handelnden Personen verschiedenen unter verschiednen Gesezen stehenden Orten an, so mag allerdings, wenn nicht eine der andern allgemeinen Regeln (lit. c) zu einem andern Resultate führt [50]), das Gesez des Orts der gerichtlichen Fertigung, zu Folge des Rechtssatzes: „locus regit actum“ zur Anwendung kommen.

γ) Bei dem Wechselgeschäfte entscheiden in Bezug auf die mehrern Verträge, in welche der Verkehr mit einem und demselben Wechsel zerfallen kann, die Geseze der verschiednen Orte z. B. über die Verbindlichkeiten des Ausstellers die des Ausstellungsortes; über Wirkungen der Indossamente die des Indossirungsortes; über Präsentation, Protesterhebung, Erklärung des Trassaten die Geseze des Orts, wohin gezogen worden. Die Regreßansprüche sind nebstdem abhängig von Erfüllung derjenigen Bedingungen, welche das am Wohnorte des Regreßpflichtigen geltende Gesez vorschreibt [51]).

49) Martin Chr. in A. Martin's Jahrbücher der Gesezg. u. Rechtspfl. Jahrg. III S. 194. — Die gemeine Meinung, nach welcher, wenn die gerichtliche Fertigung oder Bestätigung gesezliches Erforderniß der Wirksamkeit des Vertrages ist, die Geseze des Amtssizes zur Anwendung kommen (vgl. Riccius von Stadtgesezen Th. II Hauptst. XV §. 12; Thibaut (?) in den Diktaten Bd. I S. 59), hält die Probe nicht aus. —

50) Z. B. daß die Geseze des Orts entscheiden, wo die vorgängige Punktation geschlossen wurde.

51) Vergl. Mittermaier in der krit. Zeitschrift für R. W. u. Gesezg. des Auslands Bd. VII S. 241; Kori a. a. O. S. 9. — Ueber andre Handelsverhältnisse theilt Mittermaier a. a. O. aus dem daselbst angezeigten Werke eines amerikanischen Rechtsgelehrten folgende Säze mit: „Wenn Kaufleute, die an verschiednen Orten wohnen, und in laufender Rechnung und Geschäftsverkehr stehen, Geschäfte schließen z. B. bei dem Kommissionshandel, so läßt man die lex

δ) Das Gesez, nach welchem die Wirkungen eines Vertrages überhaupt zu beurtheilen sind, entscheidet insbesondre auch über den Einfluß von Fehlern der Willensbestimmung, über die Folgen des Verzugs und der Nichterfüllung, über Zinsen [52]), Schadensvergütung, über Gewährleistung [53]) sowohl bei Gewährsmängeln als im Falle der Entwährung und Verletzung.

ε) Hinsichtlich der Modifikationen des ursprünglichen Vertrages, welche später an einem andern, unter andern Gesezen stehenden Orte verabredet wurden, kömmt es darauf an, ob diese neuerlichen Verabredungen nur als pactum adjectum, oder als ein neues selbstständiges Geschäft (indem sie eine Novation, ein constitutum, oder einen Vergleich enthalten) zu betrachten sind. Im ersten Falle ist auch die spätere Nebenberedung nach denjenigen Gesezen, welche für den Hauptvertrag gelten, zu beurtheilen; im zweiten aber entscheidet der Gesichtspunkt, daß die spätere Verabredung ein neues selbstständiges Geschäft ist, für das Gegentheil, d. h. für die Anwendung der Geseze des Orts, wo die Novation oder das constitutum oder der Vergleich zu Stande gekommen, beziehungsweise zu erfüllen ist (s. oben lit. c). — Besteht der

loci entscheiden, wo die Vorschüsse gemacht wurden, und wenn Güter verkauft werden, entscheidet die lex loci, wo sie in Empfang genommen worden. Giebt ein Kaufmann jemand in einem andern Lande Ordre, etwas für ihn zu thun, so entscheidet das Gesez, wo die Ordre angenommen wird; — wenn ein Kauf ohne Ordre gemacht wird, der Korrespondent an einem andern Orte ratifizirt, so entscheidet das Gesez des Orts, wo der Kauf gemacht wurde. Hat ein Kaufmann an einem Orte einem Kaufmann an einem andern den Auftrag gegeben, Waaren für ihn zu kaufen, und wegen des Betrags Wechsel auf ihn zu ziehen, so entscheidet das Gesez des Orts, wo die Vorschüsse gemacht wurden."

52) Fr. 1 pr. de usuris (22, 1).

53) Fr. 6 de evict. (21, 2).

Inhalt des pactum adjectum gerade darin, daß an einem andren Orte erfüllt werden soll, als ursprünglich bedungen war, so liegt darin die vertragsmäßige Bestimmung, daß die Wirkungen des Geschäftes nach den Gesezen des neuerdings festgesezten Erfüllungsortes zu beurtheilen seyen.

2) Die Obligationsverhältnisse aus widerrechtlichen Handlungen sind nach den Gesezen des Orts der Begehung zu beurtheilen [54].

3) Bei der Mannigfaltigkeit der Obligationsverhältnisse, welche man unter den variis causarum figuris zusammenzufassen pflegt, ist es nicht möglich, in Bezug auf Kollision der Statuten allgemeine Grundsäze aufzustellen. Nach der Eigenthümlichkeit der einzelnen Fälle hat das richterliche Ermessen die Entscheidungsnorm zu finden, und sich hierbei von den Rechtsregeln, welche juris gentium sind, leiten zu lassen: z. B. jure naturae aequum est, neminem cum damno alterius et injuria fieri locupletiorem [55]; qui jure suo utitur, nemini facit injuriam [56]; secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda [57]; non debet quis ex parte obligationem comprobare, ex parte tamquam de iniqua queri [58]; naturalis simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse [59]; semper in obscuris,

54) Vergl. Kreittmayr zu Cod. civ. I, 2 §. 17; Ges. vom 11. Juni 1816, I nr. 3.

55) Fr. 206 de reg. jur.

56) Fr. 55 de reg. jur.

57) Fr. 10 de reg. juris, vergl. fr. 149 eod.

58) Fr. 39 §. 1 de oper. libert. (38, 1).

59) Fr. 39 de neg. gestis (3, 5). Vergl. fr. 74 de reg. jur.: „non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri."

quod minimum est, sequimur[60]; culpa est, immiscere se rei, ad se non pertinenti[61]; quod quis ex culpa sua damnum sentit, non sentire videtur[62]. —

Besondere Grundsäze:

a) Hat die Geschäftsführung ohne Auftrag die Genehmigung des Geschäftsherrn[63] erhalten, so sind die Rechte und Verbindlichkeiten nach den Gesezen des Orts, wo das Geschäft geführt worden, zu bestimmen[64].

b) Bei der Zurückforderung dessen[65], was der Beklagte als Nichtschuld, oder aus einem verwerflichen Grunde, oder sonst ohne rechtlichen Grund erhalten, beziehungsweise in Händen hat, entscheidet das Gesez des Ortes, wo die Hingabe erfolgte; jedoch in Ansehung der Frage, ob das Gegebne wirklich eine Nichtschuld war oder jezt ohne Rechtsgrund in den Händen des Empfängers ist, mit Rücksicht auf die für das Verhältniß, welches die Zahlung oder Hingabe veranlaßte, geltenden Geseze.

In Ansehung der Art und Weise, Zeit und Ort der Erfüllung entscheiden die Geseze, welche für die Wirkungen einer gegebnen Obligation überhaupt gelten; sofern nicht am Orte der Erfüllung Prohibitivgeseze im Wege stehen, z. B. wenn nach der Gesezgebung des Erfüllungs-

60) Fr. 9 de reg. jur. vergl. fr. 42 §. 1 eod.: „in re obscura melius est, favere repetitioni, quam adventitio lucro.“

61) Fr. 36 eod.

62) Fr. 203 eod.

63) Abgesehen von der Genehmigung haftet der Geschäftsherr nur nach den Gesezen seines Wohnorts.

64) Vergl. oben Note 51.

65) Condictiones indebiti, ob turpem causam vel ex injusta causa, causa data causa non secuta, sine causa.

lungsortes die zur Sicherung der Vertragsrechte stipulirte Personalhaft unzulässig ist [66]).

Was die **Erlöschung** der Obligationen — außer dem Falle der Erfüllung — betrifft, so ist die Frage, ob ein gewisser Erlöschungsgrund hier überhaupt Plaz greife, nach den Gesezen zu beantworten, welche nach dem **Ursprunge** des gegebnen Verhältnisses über die Rechte und Verbindlichkeiten der Betheiligten zur Anwendung kommen; dasselbe gilt in Ansehung der zweiten Frage: ob im besondern Falle die Thatsache, auf dem Grunde welcher die Erlöschung behauptet wird, so beschaffen sey, daß sie diese Wirkung hervorbringe [67]). — Wenn jedoch die fragliche Thatsache nach dem Geseze desjenigen Orts, wo sie vorgekommen, zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen ganz unfähig ist, so kann sie auch nicht zur Begründung der behaupteten Erlöschung dienen, z. B. eine Gegenforderung aus einem Spiele, welches am Orte, wo gespielt wurde, verboten ist, kann nirgends zur Begründung der Einrede der Kompensation dienen.

In Ansehung der **Uebertragung** der Forderungen ist zu bemerken, daß, wenn die Zession unter der Herrschaft anderer Geseze geschehen ist, als welche für das Forderungsverhältniß selbst gelten, dadurch doch die Lage des Schuldners auf keine Weise verändert werde, z. B. nicht hinsichtlich des Einwands aus der lex Anastasiana, welcher etwa nach dem für die Beurtheilung des Zessionsgeschäftes zur Anwendung kommenden Geseze nicht stattfindet [68]).

66) Mittermaier a. a. O. S. 241.

67) Z. B. wenn es sich davon handelt, ob gegen eine liquide Geldforderung mit einer andern, deren Betrag aber noch durch Rechnungsstellung zu ermitteln, kompensirt werden könne.

68) S. oben Note 59.

D. Erbrecht.

Die **Form** lezter Willen bestimmt sich nach den Gesezen des Orts, wo sie errichtet wurden [69]; — im Uebrigen richtet sich sowohl die testamentarische- als die Intestat- und Vertragserbfolge, insbesondere auch das Notherbrecht, nach den Gesezen des Orts, wo der Erblasser zur Zeit des Todes seinen Wohnsiz hatte [70]. Ausgenommen hiervon ist die Succession in Lehen- und Stammgüter, über welche die Lehen- und Stiftungsbriefe, die Familienverträge nach Maßgabe der besondern Geseze über das Lehenwesen und die Familienfideikommisse entscheiden [71].

Es widerstreitet der Natur der Sache, die Nachfolge in die Rechts**einheit** des nachgelassenen Vermögens nach verschiedenen von einander abweichenden Gesezen z. B. nach den Gesezen der Orte, an welchen die einzelnen Erbschaftsgüter liegen, bestimmen zu lassen; augenscheinlich würde durch eine solche Zersplitterung der Erbfolge, besonders in Bezug auf die Repräsentation des Erblassers, auf Berichtigung von Schulden [72] und Vermächtnissen,

69) Ger. Ordn. XIV §. 7 nr. 8: „In Ansehung der blosen Form und Solennität einer gepflogenen Handlung soll nach dem Statut und der Gewohnheit des Orts, wo die Handlung gepflogen wird, gesprochen werden." — Vergl. übrigens oben A, nr. 6.

70) **Martin** Rechtsgutachten und Entscheidungen des Heidelberger Spruchkollegiums Nr. II, §. 10. Vergl. **meine** Beiträge zur Gesezgebung S. 83. **Mühlenbruch** a. a. O.; **Schweppe** a. a. O. S. 56. v. **Wening-Ingenheim** C. R. ed. III §. 22. — **Kori** a. a. O. S. 10 ff. — Es handelt sich hier von wirklichen **Beerbungsfällen**. Ein solcher ist nicht vorhanden, wenn einer der Ehegatten stirbt, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft nach würzburgischem Rechte lebten.

71) Bei auswärts gelegenen Gütern nach den statutis rei sitae.

72) Die Frage, ob und inwiefern der im Inlande befindliche

eine arge Verwirrung erzeugt werden. Soll aber nur ein Gesez entscheiden, so kann es kein anderes, als das im Wohnorte des Erblassers geltende seyn. Denn alle Rechtsverhältnisse, die das gesammte Vermögen einer Person als rechtliche Einheit betreffen, müssen sich immer nach den Gesezen richten, unter welchen die Person selbst steht, weil dasselbe nur durch die Beziehung auf die Person des Eigners zur Sacheneinheit wird [73]. — Dieser Grundsaz verhindert es nun zwar nicht, die Frage, ob ein lezter Wille der äussern Form nach gültig sey, nach dem Geseze des Orts der Errichtung zu beantworten, aber über die Begründung von Rechten aus dem anderwärts — der Form nach — gültig errichteten lezten Willen entscheidet lediglich das Gesez des Wohnorts. Dahin gehören insbesondere die Fragen: ob und inwiefern der Testirer die s. g. aktive Testamentifaktio hatte, ob hier überhaupt eine leztwillige Verfügung zulässig, ob der eingesezte Erbe fähig, nach welchen Regeln die Delation aus dem Testamente oder Erbvertrage zu beurtheilen, ob z. B. eine Konkurrenz der Intestaterbfolge möglich, wer zur Intestaterbfolge berufen, inwieferne das Anwachsungsrecht wirksam, was über Erwerbung, Kollation, Vertheilung u. s. w. Rechtens sey.

Was von der Erbfolge gilt, findet gleichmäßig seine Anwendung auf Vermächtnisse.

E. Gerichtliches Verfahren und Prozeßrecht.

Hierüber entscheidet das Gesez des Ortes, wo der Rechtsstreit geführt wird, ohne Rücksicht auf den Ursprung des geltendgemachten Rechtes [74], und ohne daß die Art

Theil der Verlassenschaft eines Ausländers vorzugsweise zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen werden könne, gehört nicht hieher.

73) Martin a. a. O.

74) Wenn z. B. die Sache nach dem Geseze des Orts, wo die

des Verfahrens durch Autonomie der Partheien vorgezeichnet werden könnte. Wer die Staatshülfe nicht auf dem Wege suchen will, welchen die Prozeßgesezgebung des Landes vorgezeichnet hat, der mag darauf verzichten. Demnach wäre es unzuläßig, wenn die Partheien z. B. dem bayerischen Richter vorschreiben wollten, einen Prozeß nach der preußischen oder badischen Gerichtsordnung zu instruiren, überhaupt eine den einheimischen Gesezen unbekannte Verfahrungsart einzuschlagen. Wollen zwei streitende Theile in dieser Hinsicht durchaus ein Original darstellen, so ist es ihnen unbenommen, einen Schiedsrichter zu wählen, und diesem beliebige Regeln über den modus procedendi vorzuschreiben. — Es können jedoch die Partheien im gerichtlichen Verfahren auf einzelne nach der Landesprozeßordnung ihnen zukommende prozessualische Rechte, auf Beobachtung der ihres Vortheils wegen verordneten Prozeßförmlichkeiten Verzicht leisten, und das Verfahren sowohl hierdurch als durch konventionelle Verminderung der gegenseitigen Aeusserungen abkürzen [75]. So kann z. B. der Deferent dem Delaten die wirkliche Ableistung des Eides, zu welchem dieser bereit war, erlassen, man kann dahin übereinkommen, daß die Zeugen ohne Beeidigung vernommen werden, daß keine Rechtsmittel stattfinden u. dgl.

eingeklagte Forderung entstanden ist, zur Einleitung des Exekutivprozesses geeignet wäre, dessen Bedingungen aber, wie sie das Gesez des Prozeßortes vorzeichnet, nicht vorhanden sind, so findet die Verhandlung in dieser Prozeßart nicht statt. — In Bayern gelten verschiedne Wechselprozeßordnungen. Jedes Wechselgericht kann zwar in den Fall kommen, das Wechselrecht einer andern Provinz oder eines andern Landes anzuwenden; aber es verfährt überall nach der ihm vorgezeichneten Prozeßordnung. — Vergl. Mittermaier im Arch. für civ. Praxis Bd. XIII Nr. XVI §§. I, IV. Linde Civilprozeß ed. III §. 39; Bayer Vorträge S. 11.

75) Clem. 2 de Verb. signif. (5, 11).

Besondere Grundsäze:

1) In Beurtheilung der Fähigkeit, bei Gericht aufzutreten ist, sofern diese von rechtlichen Eigenschaften der Person z. B. der Volljährigkeit abhängt, auf die Geseze des Wohnorts der Partheien zu sehen, im Uebrigen z. B. in Ansehung der Befugniß, ohne einen öffentlichen Rechtsanwalt zu handeln, in Betreff der Nachweise über die **persona standi in judicio**, entscheidet die Gerichtsordnung [76].

2) Ueber die Frage, ob das eingeklagte Recht aus den vorgetragenen Thatsachen entspringe und ob dasselbe klagbar sey, dient nicht das Gesez des Prozeßorts zur Norm, sondern dieselbe ist nach dem für die Materie des Rechtsverhältnisses (nach Maßgabe der bisher vorgetragenen Grundsäze) geltenden Statute zu beantworten [77]. Die Klage ist nichts anderes als die mit dem Rechte verknüpfte Befugniß, dasselbe gerichtlich zu verfolgen; sie ist eine Folge, eine Wirkung des Rechtsverhältnisses und der Handlung, wodurch dieses entstand, die Frage, ob eine Klage begründet, ob ein Recht klagbar sey, liegt demnach ausser der Sphäre des Prozeßrechtes. Nur wenn da, wo geklagt wird, gewissen Ansprüchen (z. B. aus einem Hazardspiele) absolut verbietende Geseze entgegenstehen, darf die hierauf gerichtete Klage nicht zugelassen werden, sollte auch das Verhältniß am Orte seiner Entstehung ein erlaubtes und wirksam seyn [78]. Gleichermassen ist

76) Mittermaier a. a. O. S. 304—5.

77) A. M. sind Mittermaier a. a. O. S. 306—7. Weber von der natürl. Verbindl. §. 95. — Vergl. Hofacker princip. Tom. I §. 140; Thibaut in den Diktaten Bd. I S. 58.

78) Aus Verträgen, welche die Uebertretung der Geseze, z. B. der Zollgeseze eines gewissen Staates bezwecken, ist nirgends eine Klage zuzulassen. Vergl. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. III S. 83.

3) der Rechtsgrund der — nicht blos das Verfahren betreffenden — Einreden nach den Gesezen zu beurtheilen, welche, abgesehen von der prozessualischen Benüzung, die rechtliche Wirksamkeit der zu Grunde liegenden Thatsache bestimmen. Dies gilt auch von der Einrede der Verjährung [79]; durch sie wird behauptet, daß das Klagerecht zur Zeit der Klagerhebung durch Zeitablauf bereits erloschen gewesen sey; es handelt sich also von einer dem Prozesse vorhergegangenen rechtlichen Wirkung einer bestimmten Thatsache; eben deßwegen ist es nicht das Gesez des Prozeßorts, welches über den Eintritt der Extinktivverjährung entscheidet. Die gegentheilige Meinung findet in der einschlägigen Stelle der Gerichtsordnung (IV §. 3) keinen Haltpunkt, indem hier zwar die Regel der 30jährigen Verjährung aufgestellt, in Ansehung der einzelnen Fälle aber auf das Civilrecht verwiesen ist; dieselbe würde zu der offenbar verwerflichen Folgerung führen, daß ein unredlicher Besitzer oder Schuldner die Verjährung einer gegen ihn gerichteten Klage dadurch bewirken könnte, daß er unvermuthet seinen Wohnsiz an einen Ort verlegt, nach dessen Gesezen überhaupt oder für Fälle der fraglichen Art kurze Verjährungsfristen gelten.

4) In Ansehung von Beweislast, Art der Beweisführung und Beweiskraft der gebrauchten Mittel kommen zunächst die Vorschriften der Gerichtsordnung zur Anwendung; da aber leztre in Ansehung der Beweislast nur die allgemeinsten Regeln ausspricht, so hat der Richter auch diejenigen Vorschriften zur Richtschnur zu nehmen, welche etwa in den für die Materie des Rechtsstreites anwendbaren Civilgesezen über die Beweislast bei dem in Frage befindlichen Rechtsverhältnisse enthalten sind. Gleiches gilt von besondern Vorschriften über die Art der Beweisführung, welche sich in den Civilrechtsgesezen für einzelne Rechtsverhältnisse finden [80].

79) A. M. Mittermaier a. a. O. mit vielen Andern.

80) Z. B. in Ansehung der Frage, ob ein Beweis durch Eidesdelation oder durch Zeugen hier zuläßig sey.

5) Ueber die Editionsverbindlichkeit entscheidet die Gerichtsordnung; wird indessen die Edition auf dem Grunde eines Privatrechtstitels z. B. des Eigenthums, der Gemeinschaft — gefordert, so ist dieses nach demjenigen Civilgesez zu beurtheilen, welches nach den oben vorgetragenen Grundsätzen für das unter den Partheien deßfalls obwaltende Verhältniß zur Norm dient [81]).

6) Werden prozessualische Handlungen auswärts durch Requisition vorgenommen, so kömmt in Ansehung der Form der Vornahme die Prozeßordnung des requirirten Gerichts, in Beurtheilung der prozeßrechtlichen Wirksamkeit des Inhalts, die Gerichtsordnung des Prozeßortes zur Anwendung [82]).

§. 3.

Gerichtsschreibers oder Actuarii Pflicht und Amt.

1) Die Gerichtsordnung bestimmt: Ein jedes Gericht, wo kein anderes hergebracht oder besonders anbefohlen ist, soll einen eignen Gerichtsschreiber oder Amts-Actuarium haben. Hierüber ist zu bemerken:

a) Bei den Obergerichten werden die Aktuariatsgeschäfte, theils von den Sekretären, theils von den Registratoren besorgt [1]), bei den Kreis- und Stadtgerichten von s. g. Protokollisten und Registratoren, und, was das Protokollführen bei Kommissionsverhandlungen betrifft, von verpflichteten Schreibern [2]).

81) Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 309.

82) S. Mittermaier a. a. O. S. 308 ff.

1) Vergl. den Art. X der Hofrathsordnung vom 16. Aerndtemonats 1779.

2) Zur Aushülfe und zu ihrer Einübung funktioniren auch Accessisten in diesen Geschäften. Verordn. vom 2. April und 29. Sept. 1812 (Moritz II S. 147, III S. 130).

b) Bei den Landgerichten geschieht die Besorgung derselben durch verpflichtete Schreiber oder Praktikanten; es hat jedoch eines der subordinirten Gerichtsmitglieder (Assessor, Adjunkt, Aktuar), welches von dem Gerichtsvorstand hierzu beauftragt wird, die Leitung und Beaufsichtigung von Kanzlei und Registratur zu übernehmen [3]. Die heutigen Landgerichtsaktuare sind definitiv angestellte Staatsdiener und wirkliche Gerichtsmitglieder (s. oben §. 1, III nr. 4); sie sollen zu Schreibergeschäften nicht verwendet werden [4]; haben jedoch bei den Kollegialberathungen, in soferne solche in Gemäßheit der Besetzung des Landgerichtes stattfinden, das Protokoll zu führen.

c) Anders ist die Stellung der Aktuare, mit welchen die standes- und gutsherrlichen Herrschaftsgerichte, ausser dem Herrschaftsrichter besetzt werden müssen [5]. Dieselben sind in der Regel, mögen sie gleich alle Vorbedingungen zum Eintritt in den Staatsdienst erfüllt haben, auf die Aktuariatsgeschäfte beschränkt, wie solche die Gerichtsordnung bezeichnet. Sie können jedoch, wenn sie die erwähnten Vorbedingungen erfüllt haben, in der Maßen, wie geprüfte Rechtspraktikanten (s. oben §. 1, IV a. E.) zu gerichtlichen Geschäften, nach vorgängiger hierauf gerichteter Verpflichtung, verwendet werden. Die Ausübung des eigentlichen Richteramtes steht ihnen — ohne ausdrückliche Genehmigung der Staatsregierung — in keiner Beziehung zu; auch nicht in der Sphäre der freiwilligen Gerichtsbarkeit [6].

3) Verordn. vom 28. Juni 1809 nr. 5 (Reg. Bl. S. 1229).

4) Verordn. vom 28. Juni 1809 nr. 7.

5) Beil. VI zur Verf. Urk. §. 42.

6) Ministerialentschließung vom 15. April 1835. — Nach einer frühern Entschließung vom 2. April 1833 soll die Zulassung zu Richteramtsfunktionen nicht stattfinden, wenn nicht in dem Ernennungsdekrete oder in einer rechtsförmlich ausgestellten Urkunde diese höhere Bestimmung von dem Standes-

Daß übrigens auch bei den Herrschaftsgerichten, wie bei den Landgerichten, Aktuariatsgeschäfte von verpflichteten Schreibern besorgt werden, unterliegt keinem Bedenken. Dasselbe gilt

d) von den Patrimonialgerichten, für welche überhaupt die Aufstellung eines ständigen Gerichtsschreibers nicht erforderlich ist [7]).

2) Allen gerichtlichen Handlungen, wie sie immer Namen haben mögen, soll nebst dem Richter ein Aktuar beiwohnen, und die von den Partheien geschehenen mündlichen Vorträge redlich aufzeichnen.

Die Unerläßlichkeit der Zuziehung eines Aktuars erstreckt sich auch auf die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit [8]). — Sind in den Privatrechtsgesezen oder in den Ordnungen über die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit [9]), welche in den einzelnen Landestheilen gel-

herrn speziell ausgedrückt und darin zugleich dem Ernannten eine unbelastete fixe Besoldung von wenigstens 600 fl. zugesichert worden ist.

7) Beil. VI zur Verf. Urk. §. 42. — Die Zuziehung eines verpflichteten Schreibers, als Aktuars, kann in Gemäßheit dieser Bestimmung des Edikts durch Zuziehung von Gerichtsbeisizern (s. §. 4) nicht weiter ersezt werden.

8) Kreittmayr in den Anmerk. lit. c.

9) Z. B. in den ehemals preußischen Provinzen. — Es findet indessen die Vorschrift der preuß. Verordnung vom 30 Dez. 1798 (s. oben Einleitung §. 3), nach welcher die Zuziehung eines Aktuars nicht überall erforderlich ist, keine Anwendung mehr. — Denn die Gerichtsordnung (in den Worten: „wie sie immer Namen haben mögen" vergl. mit den Anmerk. zu dieser Stelle) gebeut die Zuziehung des Aktuars ganz allgemein und ausnahmslos, — und zufolge des Erläuterungsrescriptes vom 29. Novemb. 1810 (Nov. Sammlung I S. 25), soll es hinsichtlich der nicht streitigen Rechtsgeschäfte bei den preußischen Verordnungen nur insofern sein Bewenden behalten, als die bayerische Ger. Ordn.

ten, besondere Vorschriften über Art und Weise der gerichtlichen Fertigung oder Errichtung von lezten Willen, Verträgen u. dergl. enthalten, so ist sich nach diesen zu richten.

3) Die Verpflichtung des Aktuars muß dem gerichtlichen Akte, bei welchem er funktionirt, z. B. das Protokoll führt, vorhergegangen seyn [10].

4) Durch die Vorschrift der Beiziehung eines Aktuars wird eine Kontrolle des Richters bezweckt. Daher soll der Aktuar in Ansehung dessen, was aufgezeichnet werden soll, unabhängig seyn; er ist nicht schuldig, auf Befehl des Richters etwas niederzuschreiben, was nicht vorgegangen, oder etwas Wesentliches hinwegzulassen, was wirklich geschehen ist [11]. —

5) Das Protokoll darf nicht erst einige Zeit nach Vornahme der fraglichen Handlung, sondern es soll sogleich während des Aktes oder unmittelbar darauf verfertiget und den anwesenden Betheiligten zur Bestätigung durch Unterschrift vorgelegt werden [12].

über den Gegenstand der Frage keine Bestimmungen enthält, und dieselbe auch nicht aus den im Judiciarkodex aufgestellten Grundsäzen beurtheilt werden kann. — Unschädlich ist es jedoch, daß das Protokoll nicht von dem Aktuar, sondern von dem Gerichtskommissär selbst geschrieben ist; sofern nur Jener bei dem Akte gegenwärtig war und das Protokoll mit unterschreibt. App. Ger. Erk. vom 23. Dez. 1820 Nr. 507 $^{18}/_{19}$.

10) Auch der Verpflichtungsakt kann ohne Zuziehung eines bereits verpflichteten Aktuars nicht gültig vorgenommen werden. Im Nothfalle muß man die Verpflichtung bei einem andern Gerichte bewerkstelligen lassen.

11) Bayer in den Vorträgen S. 105. — Linde Lehrbuch des Civilprozesses ed. III §. 84. —

12) Bayer a. a. O.

§. 4.
Von Gerichtsbeisizern.

Noch in der Verordnung vom 16. Aug. 1812 §. 166 war bestimmt, daß bei gerichtlichen Handlungen der Patrimonialgerichte, in Ermanglung eines verpflichteten Schreibers, zwei männliche großjährige Zeugen, welche lesen und schreiben können, beizuziehen seyen [1]). Die VIte Beilage zur Verfassungsurkunde weiß nichts mehr von diesem Auskunftsmittel, sie bestimmt in §. 42:

> „Bei den Patrimonialgerichten kann die Stelle des Aktuars durch einen mittelst Handgelübds verpflichteten Schreiber ersezt werden."

Durch diese Bestimmung ist das Institut der Gerichtsbeisizer in diesem Sinne in Bayern völlig zur Antiquität geworden. Selbst in Nothfällen können sie die Zuziehung und Mitwirkung des aktuarisirenden Schreibers nicht mehr ersetzen.

Von der andern Art der nicht rechtsgelehrten Gerichtsbeisizer, welche in Städten und Märkten Mitrichter und Urtheilssprecher waren, sind nur die Assessoren aus dem Handelsstande bei den Handels- und Wechselgerichten übrig geblieben [2]).

§. 5.
Von Advokaten und Gerichtsprokuratoren.

I.

Der in der Gerichtsordnung vorausgesezte Unterschied zwischen Advokaten und Gerichtsprokuratoren besteht nicht mehr. Beides waren Rechtsbeistände, und von einander nur darin unterschieden, daß die Advokaten bei

1) Reg. Bl. von 1812 S. 1552. Vergl. die Verordn. vom 6. Juni und 7. Nov. 1807 (Reg. Bl. S. 1006 §. 20 und S. 1126 §. 10. — Nov. Samml. I S. 148).

2) S. oben Kap. II §. 1; V.

den Dikasterien, hingegen die Prokuratoren bei Städten, Märkten, Land- und Hofmarks-Gerichten gebraucht und angestellt wurden, die Advokaten graduirt seyn, die Prokuratoren nicht einmal regelmäßige Studien, sondern nur soviel nachweisen mußten, daß sie „wenigst lesen und schreiben, auch der Partheien Nothdurft reden und vortragen können" [1]. — Heutzutage sind alle öffentlichen Rechtsbeistände — Advokaten oder Rechtsanwälte (beide Ausdrücke werden als gleichbedeutend gebraucht) — einander vollkommen gleichgestellt [2]. Ihre Anstellung geschieht, wie die der Staatsdiener, durch den König; sie ist, wie diese, durch Erstehung der verordnungsmäßigen Prüfungen, nicht aber durch das christliche Glaubensbekenntniß, bedingt; sie ist ferner, wie die der Richter, von Anfang an definitiv, und kann ebenfalls nur durch richterliches Erkenntniß entzogen werden [3]. Eine Versezung aus administrativen Rücksichten findet nicht statt [4]. — Da der Advokat keinen Gehalt aus der Staatskasse bezieht, und seine berufsmäßige Dienstleistung überall nur dem Interesse der Einzelnen, physischen oder moralischen Personen, nirgends aber dem Gemeinwesen unmittelbar gewidmet ist, so ist er weder den Staatsdienern noch den öffentlichen Dienern — im Sinne

1) Vergl. Kreittmayr in den Anmerk. zu §. 5 lit. b und p.

2) Novellensammlung Bd. I S. 154—5; Bd. III S. 143—4.

3) Verordnung vom 23. März 1813 (Reg. Bl. S. 425 ff.) Nr. 12; Verordn. vom 28. Jänner 1822 (Reg. Bl. S. 85 ff.) Nr. IV.

4) Die Advokatur ist ein wissenschaftliches Gewerbe, die Konzession beruht auf königlicher Verleihung. So wenig ein andrer Gewerbtreibender aus administrativen Rücksichten versezt werden kann, eben so wenig der Advokat. — Es giebt keine Gesezstelle, in welcher eine solche Versezung einen Haltpunkt fände. — Der Verordnung vom 31. Dez. 1799 (Nov. Sammlung I S. 151) ist durch die in Note 3 alleg. Verordn. derogirt.

der Beilage X zur Verf. Urk. §. 44 lit. c [5]) und des Strafgesezbuchs Th. I Buch II Kap. VII und Buch III Kap. VI [6]) — beizuzählen [7]).

Dem Advokaten wird bei seiner Anstellung ein bestimmter Wohnort angewiesen [8]); aber er ist bei allen Gerichten des Königreichs zu praktiziren befugt [9]).

Advokaten können nicht zugleich Herrschafts- oder Patrimonialrichter seyn, sondern müssen bei Annahme eines solchen Amtes ihre Anwaltschaft niederlegen. — Die Verbindung der Advokatur mit einem unmittelbaren Staatsamt ist durch kein Gesez ausgeschlossen; eben so wenig die Verbindung mit einem Gemeindeamt [10]); dieselbe kömmt aber in der Praxis nicht vor.

II [11]).

„Der Advokat hat einen höhern Beruf, als blos Diener seines Klienten zu seyn. Seine erste Pflicht, und damit auch seine Würde besteht darin, nur für Recht und Wahrheit das Wort zu führen, ohne Rücksicht auf sich selbst, und auf die Personen, welche seinen Beistand suchen. Wer seiner Thätigkeit als Advokat ein nie-

5) Vergl. Beilage IX §. 10.

6) Vergl. Anmerk. zum Str. G. Bd. III S. 139 ff.

7) Vergl. Novellensammlung I S. 151.

8) Diesen Wohnort darf er ohne Genehmigung der Staatsregierung nicht verändern.

9) Reg. Bl. von 1810 S. 556. Vergl. Moritz Novellensammlung I S. 154.

10) Beil. VI zur Verf. Urk. §. 49. — Die Novelle vom 20. Nov. 1799 (Samml. I S. 150) spricht nur den Grundsaz aus, daß die Advokaten, welche in besondere hinlänglich einträgliche Dienste treten (darunter scheinen nur Mediatdienste gemeint zu seyn), dadurch selbst der weitern Ausübung der Advokatie entsagen.

11) Die folgende Stelle ist aus Bayer's trefflichen Vorträgen zu Martin's Lehrbuch S. 122—3 entnommen.

drigeres Ziel sezt, entehrt seinen Stand, der Achtung verdient und sie auch bei den ausgezeichnetsten Völkern der alten und neuen Welt in hohem Grade wirklich genossen hat."

„Von diesem Gesichtspunkte ausgehend verordnen die Geseze:

1) Kein Advokat soll eine ungerechte Sache übernehmen[12]. Um sich aber davon zu überzeugen, ob eine Sache gerecht sey oder nicht, muß er sich vor deren Uebernahme die nöthigen Aufschlüsse nicht etwa blos über die faktischen Verhältnisse, sondern auch über die Möglichkeit des darüber zu führenden Beweises, so wie über die etwaigen Ausflüchte und Einreden des Gegners von seinem Klienten zu verschaffen suchen. Damit er sich in dieser Hinsicht jedesmal, selbst gegen seinen Klienten, rechtfertigen könne, ist es rathsam, die erhaltene Information aufzuzeichnen und von der Parthei unterschreiben zu lassen."

2) „Findet er die Sache gerecht, so soll er ohne hinreichenden Grund Niemanden seine Hülfe versagen[13]; — auch dem Armen nicht, wenn die Reihe an ihn kommt, sich einer Parthei im Armenrecht anzunehmen[14]."

3) „Wenn sich der Advokat erst im Laufe des Prozesses von der Ungerechtigkeit der Sache seines Klienten überzeugt, so ist es seine Pflicht, forthin seinen Dienst zu verweigern[15]."

4) „Auch dem Gegner seines Klienten ist aus dem angegebnen Gesichtspunkt der Advokat Schonung in der

12) C. 14 §. 1 de judiciis (3, 1). Jüngster Reichsabschied §. 120 a. E.

13) Ger. Ordn. II §. 5 nr. 1.

14) Verordn. v. 23. März 1813 Nr. 2. Moritz Nov. Samml. II S. 150.

15) C. 14 §. 1 cit.

Schreibart, Redlichkeit in der Beantwortung der aufgestellten Behauptungen, und Unterlassung chikaneuser Umtriebe zur Verzögerung des Prozesses schuldig [16]."

III.

1) Das Rechtsverhältniß des Advokaten und seines Klienten ist ein dem Mandatsverhältnisse ähnliches [17]; eigenthümlich ist [18], daß der öffentliche Rechtsanwalt die Uebernahme des ihm angetragenen Patronats nicht willkürlich verweigern, noch das übernommene ohne rechtserhebliche Ursache wieder aufkündigen kann; und daß er in Vollführung des Mandats nicht blos privatrechtlich seinem Klienten verantwortlich, sondern auch der Disziplinaraufsicht, und Kontrolle der Behörden unterworfen ist, vor welchen er die Sache des Klienten führt. — Diese Eigenthümlichkeit hindert es aber nicht, die Grundsäze vom Mandatsverhältnisse, insoweit nicht besondre Vorschriften die Entscheidungsnorm an die Hand geben, in Anwendung zu bringen.

2) Der Advokat soll in Sachen, welche er einmal angenommen, oder ihm übertragen worden, aus ganz treuer Meinung der Gerechtigkeit, Nothdurft, und seiner besten Einsicht nach fleißig vorbringen, rathen und handeln; — er ist zur diligentia verpflichtet und haftet seinem Klienten für jedes Verschulden [19]. — Insbe-

16) Ger. Ordn. a. a. O. Vergl. const. 6 §. 1, 4 de postulando (2, 6).

17) S. Jordan im Archiv für civ. Praxis Bd. XII S. 200 f.

18) Daß der Advokat honorirt wird, ist nichts Eigenthümliches; indem dieß bei jedem Mandate vorkommen kann. Fr. 6 pr. §. 1 mandati.

19) Vergl. Const. 14 §. 1 de judiciis; Deput. Absch. v. 1600 §. 13. — J. R. A. §. 96. — Das Verschulden kann unter Anderem dadurch begangen werden, daß er aus schuldbarem Irrthum unrichtige faktische Angaben oder Zugeständnisse macht. — Nach gemeinem Rechte kann die Parthei vor

sondere liegt ihm ob, zum Gebrauche desselben und zur Kontrolle der Gerichtsakten vollständige Manualakten zu führen [20].

3) Er soll die ihm von den Klienten anvertrauten oder sonst für sie erhobenen Gelder und Effekten wohl verwahren und auf Verlangen an dieselben sogleich abliefern [21]. Gleich dem Mandatar ist er zur Rechnungsablage verpflichtet.

4) Der Klient ist den Advokaten für seine Bemühungen und Leistungen zu honoriren verbunden, wenn gleich darüber nichts verabredet worden ist. Auf den Ausgang kömmt es nicht an, sofern nicht ein Verschulden des Rechtsfreundes in Frage ist [22]. — Hinsichtlich der Größe des

Ablauf dreier Tage vom Tage des mündlichen Vortrags oder der übergebenen Schrift, wenn sie jenem beiwohnte oder diese unterschrieb, sonst aber in derselben Frist vom Augenblicke, wo sie Kenntniß des Vorbringens erhielt, dasselbe zurücknehmen, ohne den Irrthum oder dessen Entschuldbarkeit beweisen zu müssen. Tit. Cod. de error. advoc. (2, 10). Vergl. Linde Abhandl. I S. 155 ff.; Weber über die Verbindl. zur Beweisführung IV §§. 12—15 S. 64 (ed. II) ff. Lotz im Archiv für civil. Praxis Bd. III S. 101 ff. — Nach bayerischem Prozeßrechte gilt, ohne Beschränkung, der strenge Grundsatz, daß das Geständniß des Anwalts der Parthei präjudizire. Ger. Ordn. XII §. 1 nr. 12. Nur auf dem Wege der Restitution kann dieser geholfen werden, und nur, wenn der Anwalt insolvent ist, soll „mit Restituirung des Prinzipals die Billigkeit beobachtet werden." Ger. Ordn. VII §. 10 a. E. Vergl. Kreittmayr zu dieser Stelle. — A. M. ist v. Schelhaß im Magazin Bd. I S. 328.

20) J. R. A. §. 65.

21) Disziplinarvorschriften vom 23. März 1813 Nr. 4.

22) Arg. fr. 10 §. 1 de neg. gest. (3, 5). Martin Rechtsgutachten I S. 346 ff. — Der Advokat hält sich übrigens an seine Parthei, auch wenn der Gegner in die Kosten verurtheilt ist. S. Quistorp rechtl. Bemerk. I, 17; II, 44.

des Deservits entscheidet — unter Rücksichtnahme auf die Taxordnung der Provinz, das richterliche Ermessen [23]. — Bei Prüfung der Deserviten haben die Gerichte (denen die Advokaten bezüglich auf jene Ansäze, welche sich nicht aus den Gerichtsakten beurtheilen lassen, auf Verlangen die Manualakten vorzulegen verbunden sind) nicht sowohl auf die Bogenzahl, sondern vielmehr darauf Rücksicht zu nehmen, ob zu einem Geschäfte viele Vorarbeiten nöthig gewesen, ob ein verwickeltes Faktum gut und deutlich dargestellt, oder eine kontroverse Rechtsfrage zweckmäßig erörtert worden, und ob überhaupt die Arbeit für gelungen zu achten sey; — auch die Wichtigkeit des Streitgegenstandes, der Ausgang des Prozesses, und „gewissermassen" [24], auch die Vermögensumstände der Partheien sind in Betracht zu ziehen [25].

Ist eine Herabsezung der Deserviten in Frage, weil der Richter den einzelnen Ansaz ganz unstatthaft oder im Verhältnisse zu dem Geleisteten übertrieben findet, so ist eine vorläufige Vernehmung des Advokaten vor dem Minderungsausspruche überall nicht erforderlich. Denn die Bestimmung (nr. II.) der Verordnung vom 28. Januar

23) Ger. Ordn. II §. 5 nr. 1: „mit leidentlichem und gebührlichem Lohn, wie derselbe von dem Richter ebenfalls gemäßiget, gesezet und geordnet wird." Vergl. Ger. Ordn. XVII §. 4 nr. 5.

24) „D. h. bei notorisch sehr vermögenden Partheien kann der Richter höhere Ansäze leichter passiren lassen."

25) Disziplinarvorschriften vom 23. März 1823 nr. 6. — Vgl. fr. 1 §. 10 de extraord. cogn. (50, 13): „pro modo litis, proque advocati facundia, et fori consuetudine." — Ueber diejenigen Ansäze, welche weder der Liquidität noch Größe nach aus den Akten zu entnehmen sind, z. B. Zeitversäumniß, aussergerichtliche Vergleichsversuche, Gänge, Zehrungen und Fuhrlöhne, ist vordersamst diejenige Parthei, welche diese Kosten zu zahlen hat, zu vernehmen. Rescript vom 5. April 1814 (Döllinger Repertorium VII, 19).

1822, welche bezüglich auf Herabsezungen im Betrage von mehr als 10 Gulden von einer vorläufigen Verantwortung spricht, bezieht sich nur auf den Fall, wenn die Streichung oder Herabsezung des Deservits zur Strafe wegen Frivolität, Versäumniß u. dgl. verfügt werden will [26]).

Den Advokaten ist zwar gestattet, sich von ihren Klienten verhältnißmäßige Geldvorschüsse geben zu lassen, doch sollen sie jedesmal dem Gerichte den Betrag des empfangenen Vorschusses sogleich anzeigen [27]).

Das pactum de quota litis ist durchaus verboten, unter welcher Gestalt solches auch eingegangen werden mag. Freiwillige Geschenke d. h. solche, welche der Klient über den Betrag der, richterlicher Moderation unterliegenden, Deserviten macht, dürfen vor ganz geendigtem Prozesse nicht angenommen werden [28]). Es

26) Ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 29. Sept. 1834 stellt folgende Grundsäze auf: „die Verordnungen vom 23. März 1813 Nr. 5, 6, 7 und vom 28. Jänner 1822 Nr. II unterscheiden zwischen einer allgemeinen Moderation der Gerichtskosten überhaupt und zwischen der Moderation eines einzelnen Deservits, und leztgedachte Verordnung beschränkt sich blos auf den zweiten Fall. Hinsichtlich der Moderation eines allgemeinen Expensars ist an der Bestimmung des Cod. jud. XVII §. 4 nr. 5 nichts abgeändert. Die Moderation eines allgemeinen Expensars ist nur Revision der einzelnen Ansäze, aber nicht Strafe, und die allgemeine Verordnung beschränkt sich blos auf den Fall, wenn die Moderation als Strafe eintritt."

27) Hat der Advokat mit Einrechnung des Vorschusses von dem Klienten mehr bezogen, als in dem Kostenverzeichnisse angesezt oder nach dessen Moderation gestattet worden ist, so soll er das Zuvielerhaltene seiner Parthei wieder ersezen, oder wenn diese es nicht verlangt, zur Pensionsanstalt der Hinterlassenen der Advokaten erlegen. Disziplinarvorschriften vom 23. März 1813 Nr. 8.

28) Disziplinarvorschriften a. a. O. — Vergl. Fr. 1 §. 12 de

steht jedoch nichts im Wege, das Versprechen eines solchen Geschenkes auf den Fall des Sieges, welches von dem Klienten ganz freiwillig ohne alle Veranlassung von Seite des Patrons gemacht wird, nach dem Schlusse der Verhandlungen (post causam actam) anzunehmen [29]).

Ist dem geseZlichen Verbote zuwider die Quota litis bereits entrichtet, das freiwillige Geschenk gegeben worden, so fragt es sich, ob dem Klienten das Recht der Zurückforderung zustehe, oder ob vielmehr der vom Advokaten verbotswidrig gemachte Gewinn zur Pensionsanstalt der Hinterlassenen der Advokaten — eingezogen werden könne? — Das Leztre wäre anzunehmen, wenn der Vorwurf der turpitudo beide Theile träfe [30]), wenn z. B. aus den Umständen hervorgeht, daß der Klient den Prozeß im Bewußtseyn seines Unrechts geführt hat. — Abgesehen von einer solchen Beschaffenheit des Falles wird man nicht den Geber, sondern nur den Empfänger einer gesezwidrigen Handlungsweise beschuldigen können. Es ist nicht verboten, die Quota litis oder vor beendigtem Prozesse ein freiwilliges Geschenk zu geben, wohl aber, solches zu nehmen. Nur von Seite des Acceptanten werden vom Gesezgeber Mißbräuche besorgt, der Promittent

extraord. cognit. (50, 13); fr. 53 de pactis (2, 14); Const. 5 de postulando (2, 6). — Kammer. Ger. Ordn. v. 1555 I, 46 §. 1. Deput. Absch. v. 1557 §. 50. — S. v. Bülow Abhandl. I Abh. 3 S. 153 ff. Hagemann prakt. Erört. VII, 52. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I Nr. 21. — Bayer Vorträge S. 129.

29) Jordan im Archiv für civil. Pr. Bd. XII nr. 11. Die Sache ist, in jeder Instanz, als zum Schlusse verhandelt anzusehen, wenn von Seite des fraglichen Advokaten nichts mehr darin zu thun ist.

30) Fr. 9 in f. de jure fisci (49, 14): „persecutio eorum, quae scelere adquisita probari possunt, fisco competit.“ Vergl. Fr. 4 §. 3 de cond. ob turpem causam (12, 5). C. 5 eod. (4, 7). Hagemann a. a. O.

mag in den meisten Fällen in gutem Glauben seyn. Deßwegen kann derselbe das Gegebne mit der condictio ob turpem causam zurückfordern [31]).

Besteht zwischen dem Advokaten und einem Klienten ein Vertragsverhältniß, zu Folge dessen Jener von diesem ein ständiges Salär bezieht, so ist hierauf weder obiges Verbot noch das richterliche Ermäßigungsrecht anwendbar [32]).

IV.

Daß der Advokat nicht blos seinem Klienten privatrechtlich verantwortlich ist, sondern auch (und zwar ohne Unterschied der selbst verfaßten oder blos legalisirten Schriften) der Disziplinaraufsicht der Behörden unterliegt, hat seinen guten Grund darin, daß die Partheien ihre Rechtsfreunde (Fürsprecher) aus der beschränkten Zahl der vom Staate angestellten Advokaten wählen müssen. —

Besondre Gegenstände der den Behörden des Staates zustehenden Disziplinaraufsicht sind:

1) die Verbindlichkeit der Advokaten, Niemanden, insbesondre nicht den Armen, deren Rechtssachen ihnen von Amtswegen zugewiesen werden, den Rechtsbeistand ohne erhebliche Ursache zu verweigern. Sollte ein Advokat die Uebernahme einer ihm von Amtswegen übertragenen Sache aus erheblichen Gründen ablehnen zu können glauben, so hat er längstens innerhalb 8 Tagen die Weigerungs [33])- oder Verhinderungsursache dem Gerichte

31) Hagemann a. a. O.

32) Vergl. Ger. Ordn. II §. 5 nr. 4. S. auch Linde Civilprozeß ed. III §. 127 a. E.

33) Ein erheblicher Weigerungsgrund ist es auch, wenn die Ungerechtigkeit der Sache oder doch die Erfolglosigkeit des Prozesses klar vorliegt. Hierüber ist von dem sich weigernden Advokaten dem Gerichte eine kurze Ausführung vorzulegen.

anzuzeigen, welches dieselbe gehörig zu prüfen, und entweder als ungenügend zu verwerfen, oder bei befundener Erheblichkeit die geeigneten weiteren Verfügungen zu treffen hat [34]. Hieher gehört

2) die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus der übernommenen Sachwalterschaft nach ihrem ganzen Umfange. Jede Benachtheiligung der Parthei durch Nachlässigkeit oder grobe Ungeschicklichkeit z. B. die Unterlassung der Beschuldigung des gegentheiligen Ungehorsams, die Vorschlagung eines ungeeigneten Kontumazialweges, die Versäumung von Fatalien und Präklusivterminen u. dergl. hat nebst der privatrechtlichen Haftung für den Schadensersaz — nach Ermessen des Richters Disziplinarstrafen zur Folge [35]. — Dasselbe gilt von der Vorenthaltung oder Verwahrlosung anvertrauter Gelder und Effekten [36]; ferner von der Uebertretung der Geseze und Verordnungen, welche den Ansprüchen auf Honorirung gewisse Schranken sezen [37]. Eine vorzügliche Aufgabe der Disziplinaraufsicht ist überhaupt

3) die Aufrechthaltung der hohen Würde des Advokatenstandes. — Wer dieser nicht eingedenk statt mit den Waffen der Geseze mit denen der Rechtsverdrehung und Chikane kämpft; — wer die heilige Pflicht vergessend, dem verfolgten oder vertheidigten Rechte sobald als möglich und auf die mindest kostspielige Weise [38] zum Sie-

34) Diszipl. Vorschr. von 1813 Nr. 2.

35) Dieselben Nr. 9, 10.

36) Dies. Nr. 4.

37) Dies. Nr. 8.

38) Erweiterung der Prozeßschriften durch unnüze Weitläufigkeiten, durch überflüssige Allegationen u. dgl. ist, wenn sie lediglich Erhöhung des Deservits bezweckt, entehrende Gewissenlosigkeit. Wo solche Ungebühr bemerkt wird, ist Schonung am unrechten Plaze. — Nur hat häufig die unnüze Weitläufigkeit in ängstlicher Gewissenhaftigkeit, oder in

ge zu verhelfen, den Ausgang durch Seitensprünge, frivole Einreden und Rechtsmittel, durch unnöthige Fristgesuche u. dergl. möglichst zu verzögern sucht, und den Prozeß nur als eine für sich, den Rechtsfreund, fruchtbringende Sache behandelt; der soll durch Disziplinarstrafen an die Ehre und Pflichten seines Standes erinnert werden [39]. — Unsre Advokatenordnung spricht übrigens mit keiner Sylbe von der Würde des Advokatenstandes, von dem Ehrenvollen dieses Berufes; sie besteht fast nur aus Strafandrohungen; der Verfasser scheint das Vorurtheil gehegt zu haben, die Advokaten seyen der Regel nach verächtliche, ehrvergessene, und geldgierige Menschen, gegen welche die Gesezgebung nicht strenge genug seyn könne; und wenn nun wirklich Advokaten, wie sie seyn sollen, zu den seltnen Erscheinungen gehören, so muß man dies als eine natürliche Folge der unwürdigen Stellung betrachten, in welcher dieser Ehrenstand vom Geseze gehalten wird [40]. Hieher gehört

Ostentationslust, oder in mangelnder Geistesschärfe, welche sich durch das in die Breite gehen kund giebt, einen zur Entschuldigung gereichenden Grund.

39) Zur Disziplinareinschreitung sind insbesondere bezeichnet: voreilige, gänzlich unstatthafte oder gegen rechtskräftige Erkenntnisse laufende Rekurse, muthwillige und aktenwidrige Appellationen, Revisions- oder Restitutionsgesuche, ungegründete Perhorrescenzen und Rekusationen, voreilige Beschwerden über verweigerte oder verzögerte Justiz; — ferner offenbare Ränke, Chikanen, geflissentliche Verdrehungen und Rabulisterei, absichtliche Verzögerung des Rechtslaufes, die Vertheidigung offenbar ungerechter Sachen, Verführung der Partheien zur Streitsucht, unzeitige Aufkündigung der Patrozinanz, verweigerter Rechtsbeistand wegen angeblicher Erschöpfung des Geldvorschusses, Vernachlässigung der Armensachen, Mißbrauch der anvertrauten Geheimnisse u. s. w. — Vergl. Nr. 10, 11 der Disziplinarvorschriften von 1813 (Moritz Nov. II S. 154).

40) S. Jordan a. a. O. S. 219.

4) die Einhaltung der Schranken, welche den gerichtlichen Vorträgen in Bezug auf die Ehrenrechte der Gerichte, des Gegners, der Zeugen und andrer zur Sprache kommenden Personen gesezt sind. — Der Kampf zwischen Recht und Unrecht, welcher in jedem Prozesse gekämpft wird, das Gefühl oder der Wahn, von Seite des Gegners oder des Gerichtes Unrecht erlitten zu haben, rufen häufig eine Erbitterung der Gemüther hervor, welche sich in hämischen Redensarten, in beleidigenden Ausfällen Luft zu machen sucht. Es liegt in der Aufgabe der Disziplinargewalt, hiergegen einzuschreiten. Ueber diese Einschreitung lassen sich folgende Grundsäze aufstellen:

a) In den Partheivorträgen (gleichviel natürlich, ob sie einen Advokaten oder den Betheiligten selbst zum Verfasser haben) darf Alles gesagt werden, was zur Sache dienlich ist. — „Kein Gesez untersagt ferner den Partheien und Advokaten über Alles, was die vorkommende Sache und ihr Rechtsverhältniß betrifft, freimüthig zu **urtheilen**, und ihre Meinung zu sagen [41]).

41) Ich entnehme diese Ausführung aus A. D. Weber über Injurien und Schmähschriften Abth. III S. 159—60. — Derselbe lehrt a. a. O. S. 141 ff.: „die Sache selbst bringt es oft mit sich, daß in Gerichten und in Prozeßschriften Dinge vorkommen, die dem Gegner, dessen Anwalte, dem Richter, Zeugen und andern Personen unangenehm seyn müssen. Unter dem Vorwande des zu harten, oder kränkenden und daher verwerflichen Ausdrucks, könnte also leicht der Sache selbst ihre gehörige Darstellung entzogen werden. Gerade der gute Vortrag, welcher Wiz und Scharfsinn aufbietet, um einer trockenen Rechtssache die Aufmerksamkeit des Richters zu gewinnen, und zu erhalten, ist jenen Vorwürfen oft am leichtesten ausgesezt, und gleichwohl kann doch unstreitig diese Art des Vortrags allerdings zur Beförderung rechtlicher Absichten mitwirken.“ Cicero bemerkt: „multum in causis persaepe lepore et facetiis profici vidi.“

Nur darf einestheils diese Kritik nicht über die rechtlichen Gegenstände, worauf es ankömmt, hinausgehen, und anderntheils nicht in einer solchen Art des Ausdrucks geschehen, die offenbar nicht sowohl die Absicht einer rechtlichen Ausführung, als vielmehr nur die, einem andern wehe zu thun, und ihn zu reizen bezeichnet. — Insbesondere müssen Wiz und Scharfsinn [42]) dem Hauptzweck des gerichtlichen Vortrags untergeordnet bleiben, nicht auf Kosten des Anstandes, und nur zum Zwecke der Beleidigung oder Kränkung Anderer, in Dingen, die zur Sache nicht gehören, gesucht werden" [43]).

b) „Thatsachen die zur Sache gehören, Beschuldigungen und Vorwürfe, die in rechtlicher Beziehung auf den Gegenstand des Streites vorkommen —, um Anmassungen des Gegners abzulehnen, Ansprüche an ihn zu rechtfertigen, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu bestreiten, um ein Gerichtsmitglied als verdächtig darzustel-

„Wenn schon überhaupt die lebhafte Theilnahme eines Advokaten an der Sache seines Klienten eher Aufmunterung als Unterdrückung verdient, so wird seine Freimüthigkeit desto löblicher seyn, wenn ihn weder das Ansehen des Richters, noch sonst persönliche Rücksichten abhalten, zum Besten seiner Parthei alles zu sagen, was irgend zur Darstellung der Sache von allen Seiten, die dabei in Betracht kommen, nach seiner Meinung beitragen kann."

42) Weber a. a. O. S. 165: „die feine Ironie und Satyre werden schon in solchen Formen zu erscheinen wissen, denen man äußerlich nichts vorwerfen kann."

43) C. 6 §. 1 de postulando: „non ultra, quam litium poscit utilitas." — „Agant, quod causa desiderat." — Giftiger Spott und Hohn ist, gleich den Schimpfworten, immer strafwürdig. — Wenn übrigens die Gerichte ihre Empfindlichkeit über jede wizige (oder wizig seyn wollende) Bemerkung durch Disziplinareinschreitungen an den Tag legen, so behaupten sie dadurch ihre Auktorität nicht, sie gefährden sie vielmehr.

len, — können allerdings Beleidigungen seyn, wenn sie unwahr sind;" das Vorbringen derselben begründet aber an sich keine Disziplinareinschreitung, „der beurtheilende Civilrichter darf sich nicht von Amtswegen darein mischen [44], sondern muß diesen Punkt, wenn am Ende die Unwahrheit jener Angaben und das Daseyn einer Injurie in den Akten zu Tage liegen sollte, dennoch der Privatverfolgung dessen, den die Beleidigung angeht," oder im Falle der Beleidigung der Amtsehre, der zuständigen strafgerichtlichen Behörde überlassen [45]. — Wenn aber ehrenkränkende Beschuldigungen oder Vorwürfe eingemischt werden, ohne daß sie zur Begründung eines Antrags dienen und überhaupt zur Sache gehören, so ist der Fall einer Disziplinareinschreitung allerdings gegeben [46]. Diese ist

c) unabhängig von Anträgen der angegriffenen Person; in solchen ungeeigneten Ausfällen wider den Gegner, die Zeugen u. a. — liegt zugleich eine Verlezung der dem Gerichte gebührenden Achtung, eine Störung des Friedens, welcher über den gerichtlichen Verhandlungen walten soll. Die Disziplinareinschreitung erfolgt überall von Amtswegen [47], schließt übrigens die spätere Injurienklage des Beleidigten nicht aus [48].

Die Gerichte haben

5) darüber zu wachen, daß die Advokaten nicht allzulange von dem ihnen bestimmten Wohnorte abwesend sind, und die Vorschrift einhalten, nach welcher ihnen bei jeder über drei Tage dauernden Entfernung nicht nur

44) S. jedoch Art. 4 Th. II des Strafgesezbuchs.

45) Weber a. a. O. S. 158, 169.

46) Weber a. a. O. S. 169—70.

47) Weber a. a. O. S. 139.

48) Weber a. a. O. S. 177 ff. — Denn die Disziplinareinschreitung bezieht sich blos auf die Verlezung der dem Gerichte gebührenden Achtung.

die nöthige Vorkehrung für die unverschiebliche Besorgung der anvertrauten Rechtsangelegenheiten, sondern auch die Anzeige hievon — bei dem Gerichtsvorstande ihres Wohnsizes — zur Pflicht gemacht ist [49].

Hierher gehört noch

6) die Aufrechthaltung der Bestimmungen, durch welche, im Interesse der Ordnung der gerichtlichen Geschäfte und zur Erleichterung ihrer Besorgung, gewisse Förmlichkeiten für die Dienstleistungen der Advokaten vorgezeichnet sind, z. B. daß jedem Schriftsaze die Taxe, so wie die Stempel- und Schreibgebühren spezifisch beigesezt, auch das ganze Kostenverzeichniß mit der lezten Schrift oder bei mündlich gepflogenen Verhandlungen acht Tage nach der lezten Gerichtskommission eingereicht werden [50]; daß der Vollmachtspunkt rechtzeitig berichtigt [51], die Aufstellung eines Insinuationsmandators nicht versäumt [52], bei Rekurrentsachen die Bezeichnung der Eingabe mit der gerichtlichen Aktennummer nicht unterlassen werde [53]) u. dgl.

49) Diszipl. Vorschr. von 1813 Nr. 3. — Die Uebertretung dieser Vorschrift ist mit einer Geldstrafe von drei Thalern bedroht.

50) Jenes wie dieses bei einem Thaler Strafe. — Diszipl. Vorschr. von 1813 Nr. 5: „Jede dießfalls nöthige Anmahnung geschieht auf Kosten des säumigen Advokaten, und soll mit Bedrohung einer erhöhten Geldstrafe verbunden seyn. Das Kostenverzeichniß muß spezifisch verfaßt werden, das Datum und die genaue Bezeichnung jeder in Ansaz gebrachten Schrift enthalten, mit den Ansäzen auf die einzelnen Schriften übereinstimmen, und eine unausgefüllte Kolumne für die Moderation darbieten."

51) Bei ergiebiger Geldstrafe. Ger. Ord. VII §. 1. Vergl. Nov. Sammlung I S. 242, II S. 202.

52) Ger. Ordn. a. a. O. — Vergl. Nov. Samml. I S. 236: „bei nachdrücklicher Ahndung."

53) Vergl. z. B. Reg. Bl. von 1835 S. 851—2. — S. auch Gönner im Kommentar zur Nov. von 1819 S. 327.

V.

Die Disziplinareinschreitung kann bestehen

a) in Zurückgabe der Schrift, in welcher sich ungeziemende Ausfälle finden, mit der Weisung, die betreffenden Stellen, welche genau zu bezeichnen sind, wegzulassen oder abzuändern [54];

b) in Ertheilung eines Verweises;

c) in Streichung oder Herabsezung des Deservits;

d) in Geldstrafen — nicht über Einhundert Gulden;

e) in Arrest — nicht über vier Wochen;

f) in Suspension nicht über ein Jahr [55].

Ueber die Anwendung dieser Disziplinarstrafen ist zu bemerken:

1) Abgesehen von den im vorigen Abschnitte unter nr. 5 und 6 angeführten, mit geringen Geldstrafen (Ordnungsstrafen) speziell bedrohten Disziplinarfällen ist sowohl die Art als der Grad der zu verhängenden Disziplinarstrafe dem richterlichen Ermessen [56] anheimgestellt,

54) S. Moritz Nov. Samml. III S. 141—2. Die Zurückgabe zur Säuberung schließt, bei arger Ungebühr, die Verhängung einer Disziplinarstrafe nicht aus.

55) Verordn. vom 28. Jänner 1822 (Reg. Bl. S. 85) Nr. I.

56) Wegen der in Nr. 9 der Disziplinarvorschriften von 1813 erwähnten Uebertretungen (unnüze Weitläufigkeit, falsche oder überflüssige Allegationen, Unwahrheiten, Sub- und Obreptionen, Anzüglichkeiten und unbescheidne Schreibart, muthwillige und zu späte Fristgesuche und Tagfahrtsverbittungen, Außerachtlassung vorgeschriebener Förmlichkeiten, verspätetes Erscheinen bei Kommissionen, eigenmächtiges Entfernen von solchen oder gänzliches Ausbleiben, Versäumung in Verschaffung nöthiger Information und Bevollmächtigung, Nachlässigkeit in Mittheilung der gerichtlichen Entschließungen an die Klienten) — — soll nach Ermessen des Richters mit Verweis, Geld, auch im Falle der Mittellosigkeit oder öfte-

bei welchem natürlich die Rücksicht auf die Schwere des Verschuldens, auf den Unterschied zwischen Dolus und Nachlässigkeit, und auf etwaige Wiederholung den Ausschlag giebt.

2) Die gänzliche Streichung des Deservits sowohl als die Herabsezung, welche als Strafe verfügt wird, ist nicht zu verwechseln mit der Streichung oder Moderation einzelner Ansäze wegen Unstatthaftigkeit oder Uebermaß. Der Gesichtspunkt der Strafe waltet z. B. ob, wenn wegen Frivolität des Rechtsmittels oder einzelner Beschwerden, oder wegen offenbar gewinnsüchtiger Weitläufigkeit das angesezte Deservit ganz oder theilweise gestrichen wird; der Gesichtspunkt der Moderation hingegen, wenn in dem Deservitenverzeichniß im Verhältniß zur Leistung übertriebene oder nach den Bestimmungen der Taxordnung ganz unzulässige Ansäze vorkommen.

3) Das Verbrechen der Prävarikation und das Vergehen der Untreue der Rechtsanwälte sind im Strafgesezbuche in der Art bedroht, daß nebst andern Strafen — Jenes immer [57]), dieses nach Befinden der Umstände [58]) mit dem gänzlichen Verlust der Praxis bestraft wird. Ausserdem ist der Verlust der Advokatur, als eines Ehrenamtes, eine nothwendige rechtliche Folge der Verurtheilung in die Todes-, Ketten-, Zuchthaus oder Arbeitshausstrafe [59]). — Aus andern Gründen kann auf Entsezung oder überhaupt auf bleibende Entziehung der Advokatur nicht erkannt werden; weder wegen fortgesezter

ren Wiederholung (diese mag in der nämlichen oder auch in andern bei dem Gerichte anhängigen Sachen erscheinen) selbst mit Arrest bestraft werden. Von einer Steigerung bis zur Suspension ist hier nicht die Rede. Vergl. übrigens Nr. 2, 4, 8, 10, 11 der Disziplinarvorschriften.

57) Art. 296 Th. I des Strafg.

58) Art. 400 Th. I des Strafg.

59) Art. 23 Th. I des Strafg.

Vernachlässigung der Amtspflichten oder Unsittlichkeit nach vorgängiger mehrmaliger Disziplinarbestrafung, noch selbst wegen vorsäzlicher Verlezung der Amtspflichten. — Zwar ist in den Disziplinarvorschriften vom 23. März 1813 nr. 12 das Erkenntniß auf „definitive Entsezung eines Advokaten von seinem Amte" — nicht auf bestimmte Arten von Pflichtverlezungen beschränkt, sondern dem richterlichen Ermessen anheimgestellt. — Allein

a) das später — am 16. Mai 1813 promulgirte Strafgesezbuch hat den bleibenden Verlust der Praxis unter die Verbrechens — beziehungsweise Vergehensstrafen aufgenommen, und diejenigen Fälle genau bestimmt, in welchen diese Strafe eintreten soll oder kann. — Eben hierdurch ist deren Verhängung für alle übrigen Fälle dienstlicher Pflichtverlezung ausgeschlossen.

b) Diejenigen Bestimmungen des Strafgesezbuchs, welche die Verlezung besondrer Amtspflichten mit Dienstentlassung bedrohen (insbesondere Art. 438, 439 Th. I), beziehen sich blos auf Staatsbeamte und öffentliche Diener (unmittelbare oder mittelbare), und erstrecken sich keineswegs auf Advokaten. Die Einleitung der Anmerkungen zum VII. Kapitel des II. Tit. II. Buches läßt in dieser Beziehung keinen Zweifel übrig.

c) Eine analoge Anwendung der angeführten Art. 438 und 439 auf die Pflichtverlezungen der Advokaten ist nicht zuläßig; weil

α) die Analogie überhaupt nur dann Plaz greifen kann, wenn sich annehmen läßt, daß ein jezt zur Beurtheilung vorliegender Fall dem Gesezgeber entgangen sey [60]. Es läßt sich aber durchaus nicht annehmen, der Gesezgeber, welcher in dem Strafgesezbuche selbst mehrere

60) Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 28. Vgl. mein Lehrbuch des Pandektenrechts §. 15.

Pflichtverlezungen der Advokaten mit Verlust der Praxis bedroht, und 7 Wochen früher ausführliche Disziplinarvorschriften in Bezug auf die Dienstleistungen der Advokaten erließ, habe nun nicht daran gedacht, daß auch andre Pflichtverlezungen als die in Art. 296 und 400 bedrohten den Advokaten als unwürdig oder unverbesserlich darstellen können, und daß der Grund der Art. 438 und 439 eben sogut auf Pflichtverlezungen der Advokaten passe, wie auf die der Staatsbeamten und öffentlichen Diener. — Es kann ihm dies nicht entgangen seyn; gleichwohl hat er die bezeichneten Strafbestimmungen auf jene nicht miterstreckt, eben so wenig auf die Disziplinarvorschriften hingewiesen, und dadurch seinen Willen ausgesprochen, daß die Art. 438 und 439 auf Pflichtverlezungen der Advokaten keine Anwendung finden sollen.

β) Eine Bestrafung, auf dem Grunde analoger Anwendung eines Strafgesezes, ist überhaupt unzulässig. — Analoge Anwendung ist Subsumtion eines Falles, auf welchen der Buchstabe des Gesezes nicht paßt; diese Subsumtion beruht auf einer Schlußfolgerung aus dem Grunde des Gesezes. Da nun nicht alle Leute Virtuosen in der Logik sind, vielmehr Menschen, welche niemals Trugschlüsse machen, zu den seltnen Erscheinungen gehören, so würde man bei jeder Bestrafung auf dem Grunde analoger Anwendung Gefahr laufen, den Mangel an Urtheilskraft oder einen Verstoß gegen die Logik zu bestrafen. Jede Strafe ist ungerecht, welche für Fälle der vorliegenden Art nicht in dem deutlichen Buchstaben des Strafgesezes gedroht ist.

d) Unerheblich ist es, daß auch die Verordnung vom 28. Jänner 1822 in nr. IV, unter Bezugnahme auf nr. 12 Absaz 3 der Disziplinarvorschriften vom 23. März 1813, und ohne Beschränkung auf die im Strafgesezbuch vorgesehenen Fälle, von Erkenntnissen auf definitive Entsezung der Advokaten spricht. — Denn im Jahre 1822

konnte ein solches Strafgesez ohne Zustimmung der Stände nicht mehr authentisch erläutert werden.

VI.

In Betreff der Zuständigkeit [61]) zu Erkennung von Disziplinarstrafen gelten folgende Grundsäze. In Fällen, wo es auf Verweis, Geldstrafe unter fünf und zwanzig Gulden, oder Herabsezung, oder Restitution [62]) eines Deservits bis auf diese Summe ankömmt, kann jedes Untergericht, bei welchem der Advokat gefehlt hat, auf die geeignete Disziplinarstrafe erkennen. Glaubt dasselbe aber, daß eine höhere Bestrafung [63]) eintreten müsse, so hat solches die Sache bei dem ihm vorgesezten Appellationsgerichte zur Entscheidung zu bringen.

Das Verfahren bei Disziplinar-Uebertretungen der Advokaten ist summarisch nach folgenden nähern Bestimmungen [64]):

1) In allen Fällen, in welchen eine Uebertretung aus den Akten unmittelbar oder sonst durch vorgelegte Beweismittel genügend erhellt, und es zugleich nur auf

61) In Ansehung der Zuständigkeit hat die Verordnung vom 28. Jänner 1822 die Disziplinarvorschriften von 1813 nirgends abgeändert. — Was leztere von Geldstrafen bis auf 25 Gulden in Ansehung der Zuständigkeit verordnet, kann mit demjenigen, was Erstere wegen der Geldstrafen über zehn Gulden in Ansehung des Verfahrens enthält, wohl bestehen.

62) Nicht die Restitution, sondern die Einziehung zum Adv. Wittwen- und Waisenfonds wird verfügt, wenn anzunehmen ist, daß die Parthei selbst zu chikaniren, oder den Ausgang zu verzögern beabsichtigte.

63) Von einer Herabsezung der Deserviten im Betrage von 25 fl. und darüber, welche nicht zur Strafe geschieht, ist hier nicht die Rede. Eine solche kann auch vom Untergericht ausgesprochen werden.

64) Verordn. vom 28. Jänner 1822 Nr. II.

einen Verweis, eine Geldstrafe oder Herabsezung eines Deservits, nicht über zehn Gulden ankömmt, sind die Strafen ohne weitere Verhandlung zu erkennen. Wenn jedoch

2) die Geldstrafe oder die Herabsezung des Deservits zehn Gülden übersteigt, so ist der Advokat mit seiner schriftlich oder mündlich zu Protokoll zu gebenden Verantwortung zu hören. Ist

3) die Uebertretung eines Diszíplinargesezes noch nicht hinreichend ausgemittelt, oder kommt es auf eine höhere Strafe [65], nämlich Arrest oder Suspension an, oder treffen diese beiden Voraussezungen vereint zusammen, so hat stets eine vorläufige summarische Untersuchung mit Vernehmung des Advokaten einzutreten.

In allen Diszíplinarstraffällen ist dem Advokaten, im Wege der einfachen Beschwerde, der Rekurs an den höhern Richter gestattet [66]. Derselbe muß bei Strafe der Desertion innerhalb drei Tagen dem Richter, welcher die Strafentschließung publizirt hat, schriftlich angezeigt werden; die Rekursschrift selbst ist innerhalb vierzehn Tagen, vom Publikationstage an gerechnet, unter Präklusionsstrafe bei dem höhern Richter einzureichen [67]. Eine Ver-

65) Die Stelle: „auf eine höhere als die im vorigen Absaz genannten" — bezieht sich offenbar auf die „und es zugleich nur auf einen Verweis, eine Geldstrafe, oder auf Herabsezung eines Deservits ankömmt."

66) Gesez vom 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der Ger. Ordn. betr. §. 21. — S. Gönner's Kommentar zu diesem Gen.

67) Vergl. die Disz. Vorschr. von 1813 Nr. 12 a und b mit der Nov. von 1819 §. 21. — Nach Vorschrift der erstern geschah auch die Einreichung der Rekursschrift bei dem Richter, welcher die Strafentschließung publizirt hat; die Bestimmung der Novelle, welche von Einholung eines Berichtes spricht, läßt es nicht bezweifeln, daß jezt die Einreichung bei dem Rekursrichter zu geschehen habe.

Verlängerung der erwähnten Termine soll nicht stattfinden, es ist jedoch bei Annahme oder Verwerfung des Rekurses auf bescheinigte unvermeidliche Hindernisse nach Billigkeit Rücksicht zu nehmen [68]).

Der höhere Richter erkennt über die Beschwerde nach eingeholtem Berichte; doch soll durch solche Rekurse der Prozeßgang nicht aufgehalten werden, sondern deren Erledigung bis zum Ausgang der Sache ausgesezt bleiben [69]). —

Gegen dieses Erkenntniß kann eine Beschwerde bei der dritten Instanz nicht geführt werden [70]).

Es versteht sich auch von selbst, daß gegen Disziplinarstraferkenntnisse des Oberappellationsgerichts ein Rekurs nicht stattfindet; in Fällen, in welchen die Wechsel-, Merkantil- und Handels-Appellationsgerichte das Erkenntniß auf eine Disziplinarstrafe in erster Instanz erlassen, kann bei dem Oberappellationsgericht Beschwerde geführt werden [71]).

In Ansehung der Frage, ob und in wiefern ein Rekurs an den höhern Richter stattfindet, wenn eine Herabsezung des Deservits oder Streichung einer Posten nicht zur Strafe, sondern aus dem Gesichtspunkte der Moderation nach Maßgabe der Taxordnung geschieht, ist in den mehrerwähnten Verordnungen eine Norm nicht enthalten. Die Praxis bringt hier die Bestimmungen über Rekurse bei Disziplinarstrafen in analoge Anwendung [72]).

Noch ist zu erwähnen, daß Disziplinarsachen der Ad-

68) Disz. Vorschr. von 1813 a. a. O. lit. a.

69) Novelle von 1819 §. 21.

70) Ebendaselbst.

71) Verordn. vom 28. Jan. 1822 nr. III.

72) S. Gönner im Kommentar zur Novelle von 1819 S. 325—6.

vokaten stempelfrei behandelt werden [73]), und daß über die Disziplinarbestrafung derselben in Sachen des administrativen Ressorts besondere Verordnungen gelten [74]).

§. 6.
Von Notariis [1]).

Die Bestimmung der (unter Kaiserlicher oder Päbstlicher Auktorität ernannten) Notarien war, über rechtliche Handlungen, in vorgeschriebener Form und nach eigner sinnlicher Wahrnehmung öffentlich glaubhafte Urkunden aufzunehmen, und hierdurch darüber ein öffentlich glaubwürdiges Zeugniß abzulegen [2]). Sie leisteten ihre Dienste insbesondre bei Beurkundung von Verträgen und lezten Willen, bei Interpellationen, Protestationen, bei aussergerichtlichen Zeugenvernehmungen, Inventarisationen u. s. w. — Dieses Institut besteht nur noch in den Wechselnotarien, in Bezug auf Wechselpräsentationen und Protesterhebungen; im Uebrigen wurde dasselbe bereits im Jahre 1807 in der Art aufgehoben, daß nur die damals schon bestellten Notare zur Fortsezung ihrer Funktionen authorisirt blieben [5]). — Das Notariat ist,

73) Ministerialrescripte vom 4. Juni 1826 und 5. Okt. 1834.

74) Verordn. vom 24. März 1816 (Reg. Bl. S. 153. — Moritz Nov. II S. 157—60); vom 9. Jänner 1821 Tit. II §. 7 nr. 21 (Reg. Bl. S. 57. — Moritz Nov. IV S. 124); vergl. auch Moritz IV S. 125 (Verwendung der Strafgelder der gegen das Konscriptionsgesez fehlenden Adv. betr.).

1) Vergl. unten Kap. XI §. 2 nr. 2.

2) Martin bürgerl. Proz. ed. XI §. 79; Linde Civilprozeß ed. III §. 140. — Vergl. die Notariatsordnung von Max I. aus dem J. 1512.

3) (Vergl. insbesondre über die Unterscheidung zwischen den landesherrlich bestellten und den päbstlichen und kaiserlichen Notarien) die Verordn. vom 29. März, 10. Sept., 15. Novemb. und 23. Sept. 1807 (Reg. Bl. von 1807 S. 560,

als ein Zweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit, den Gerichten erster Instanz zugewiesen [4].

Die Wechselnotare werden vom König ernannt [5]. —

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß Rechtsgültigkeit und Wirkungen von Notariatsakten aus der älteren Zeit auch jezt noch nach den damaligen Gesezen zu beurtheilen sind [6].

§. 7.
Von comitibus palatinis.

Das Institut der „Kaiserlichen Pfalzgrafen" ist in Folge der Auflösung der deutschen Reichsverfassung, mit allen seinen Attributen erloschen. Die Verordnung vom 29. März 1807 bestimmt: „In Folge der aufgelösten deutschen Reichskonstitution hört die Würde der Kaiserlichen Pfalzgrafen auf, und alle von ihnen künftig ausgefertigt werdende Urkunden, Instrumente und Konzessionen sind als nichtig anzusehen, indem alle Privilegien, welche im Königreiche eine gültige Wirkung haben sollen, künftig einzig bei dem Könige durch die einschlägigen Behörden nachgesucht werden müssen." [1].

1489; von 1808 S. 147). — Novellensammlung I S. 156—8. — Nur wurde verfügt, daß die alten auf die Kaiserwürde sich beziehenden Formeln wegzulassen, und statt ihrer der Ermächtigung und des Regierungsjahrs des Königs Erwähnung zu thun sey, was auch die Aufschriften ihrer Siegel andeuten sollten.

4) S. oben Kap. I §. 17, II.

5) Gesez vom 11. Sept. 1825, die Einführung des Wechselrechts betr. §. 8. — Vergl. Reg. Bl. von 1825 S. 785, 801, 849.

6) Verordn. vom 10. Sept. 1807 (Reg. Bl. S. 1489).

1) Reg. Bl. von 1807 S. 560. — Nov. Samml. I S. 159.

§. 8.
Von gemeinen Stuhlschreibern, Winkelagenten und sogenannten Bauernkönigen.

Ueber den Inhalt dieses §en ist zu bemerken:

1) Zu den Winkelagenten ist keineswegs jeder Nichtadvokat zu rechnen, welcher die Rechtssache eines Andern führt oder bei einzelnen Handlungen Dienste eines Rechtsbeistandes leistet. In erster Instanz kann man sich, soviel die protokollarischen Verhandlungen betrifft, allgemein durch Anwälte vertreten lassen, welche aus der Zahl der Advokaten nicht gewählt zu werden brauchen [1]. — Aber auch bei schriftlichen Eingaben, ohne Unterschied der ersten und der höhern Instanzen, kann es nicht unbedingt als Winkelagentie angesehen werden, wenn die Abfassung durch einen, nicht zu den Advokaten gehörigen, Rechtsfreund der Parthei geschah. — Es kann keiner Parthei verwehrt werden, die Schriftsäze in ihren Rechtsstreiten selbst zu verfassen; eben so wenig, sich hierbei des Raths und der Beihülfe eines rechtskundigen Verwandten oder sonst befreundeten Rechtsgelehrten zu bedienen; aber auch das ist durch kein Gesez allgemein untersagt, die Abfassung ganz und gar einem Nichtadvokaten zu übertragen. — Das Gesez will nur die unbefugte und in mehrfacher Hinsicht gemeinschädliche Einmischung der Winkelagenten, s. g. Stuhlschreiber oder Bauernkönige ausschließen [2]. — Folgende Merkmale charakterisiren den Winkelagenten:

1) Ger. Ordn. Kap. VII §. 4 vgl. mit den Anm. lit. a: „In Bayern seynd die Hände dißfalls niemand gebunden, sondern man kann sich auch andrer, als verpflichteten Anwälden nach Belieben gebrauchen.“

2) Die Ger. Ordn. II §. 8 bezeichnet die Winkelagenten in folgender Art: „— welche sich oft aus Gewinnsucht oder anderem bösen Antriebe für Gerichts- und Rechtsverständige ausgeben, die Partheien zum Streiten, oder manchmal gar die Unterthanen gegen ihre Herrschaften aufhezen“.......

a) die Heimlichkeit seiner Thätigkeit [3]);

b) die Gewerbsmäßigkeit seiner unbefugten Beschäftigung. — Dazu kömmt

c) gemeinhin, daß die Winkelagentie als Erwerbszweig [4]) getrieben wird.

Da es den Gerichten obliegt, gegen die Winkelagentie von Amtswegen einzuschreiten, so kann, so oft sich Verdacht einer solchen Einmischung ergiebt, der Parthei aufgegeben werden, den Verfasser der eingereichten Schrift [5]) zu nennen; und dies zwar unter dem Präjudize, daß ausserdem die fragliche Eingabe nicht zu den Akten genommen werde. Behauptet die Parthei, selbst der Verfasser zu seyn, so steht es in richterlichem Ermessen, ob diese Angabe als glaubhaft anzusehen oder nicht. — Wird ein Nichtadvokat als Verfasser genannt, gegen den übrigens kein Verdacht der Winkelagentie aus sonstigen Thatsachen, von welchem vielleicht im Gegentheil vorliegt, daß er von der Parthei aus besondern Beziehungen der Verwandtschaft, Freundschaft oder vorzüglichen Vertrauens [6]) als Rechtsbeistand beigezogen wurde, so kann, wenn es nur an der Legalisation durch

3) Die Verordnung vom 13. Aug. 1804 (Nov. Samml. I S. 160—1) bestimmt: „Gegen die geheimen und verborgenen Anwälte, deren Zweck meistens kein andrer ist, als den Partheien, selbst gegen Recht und Geseze Beistand zu leisten, ist eine wachsame Aufsicht zu pflegen.“

4) Es kommen indessen Winkelagenten vor, die das Geschäft blos aus Liebhaberei treiben.

5) Dasselbe gilt, wenn bei den protokollarischen Verhandlungen die rechtsunkundige Parthei einen Rezeß übergiebt oder aus einem solchen diktirt, dessen Inhalt oder Styl die Abfassung durch einen Winkelagenten vermuthen läßt.

6) Von diesem kann natürlich in Bezug auf Personen, welche die vom Geseze angegebnen Merkmale der Bauernkönige und Stuhlschreiber an sich tragen, nicht die Rede seyn.

einen Advokaten nicht fehlt [7]), weder die Annahme der eingereichten Schrift verweigert, noch weniger gegen den Verfasser nach den Strafgesezen wider Winkelagenten eingeschritten werden. — Der Umstand allein, daß die Schriftverfassung nicht unentgeldlich geschah, rechtfertigt die Anwendung dieser Geseze nicht. —

Abweichend von den hier aufgestellten Grundsäzen hat sich das Justizministerium in einem Ausschreiben vom 25. Mai 1813 [8]) — dahin ausgesprochen:

„Da ausser den berechtigten Rechtsanwälten Niemand befugt ist, in Rechtsangelegenheiten fremden Partheien vor Gerichten Beistand zu leisten, oder daselbst einzureichende Schriften zu verfassen, so folgt, daß Jeder, welcher dagegen handelt, als Winkelagent zu betrachten ist."

Allein dieser Ausspruch ist nicht im Einklange mit den Gesezen [9]); er ist nicht im Regierungsblatte öffentlich kund gemacht worden; und es liegt nicht vor, daß er die Sanktion des Monarchen erhalten hat. Daher macht es keinen Unterschied, daß er in der Zeit vor der Verfassung ergangen ist; auch damals konnten authentische Erläuterungen oder Abänderungen der bestehenden Geseze nur durch Ausspruch des Königs selbst und deſſen öffentliche Kundmachung im Regierungsblatte [10]) — Gesezeskraft

7) Durch das Daseyn der Legalisation wird übrigens jene Nachforschung nach dem Verfasser, bei obwaltendem Verdachte der Einmischung eines Winkelagenten, keineswegs ausgeschlossen. Denn mitunter lassen sich Advokaten, welche selbst wenig Vertrauen genießen, zur Begünstigung der Winkelagentie mißbrauchen. Moritz Nov. Samml. S. 145.

8) Moritz Nov. Samml. III S. 144 — 6.

9) Vergl. Ger. Ordn. II §. 8; Verordn. vom 13. Aug. 1804 nr. 4 (Nov. Samml. I S. 161).

10) Verordn. vom 1. Jan. 1806 (Reg. Bl. S. 5): „Da das allgemeine Regierungsblatt künftig als das einzige Or-

erlangen. — Demzufolge ist dem erwähnten Ausschreiben des Justizministeriums entscheidendes Gewicht auf Beantwortung der vorliegenden Frage nicht beizumessen.

2) Ist die Einmischung eines Winkelagenten erwiesen, so hat derselbe

a) die erhobenen Gebühren zur Armenanstalt des Orts zu erlegen, und wird nebstdem

b) in eine Geldstrafe, welche der Centralpensionsanstalt für die Hinterlassenen der Advokaten zufließt [11]; oder auch

c) in Wiederholungsfällen, oder wenn der Winkelagent die Parthei zum Ungehorsam gegen die Geseze verleitet hat, in eine Arreststrafe verurtheilt. Auch soll

d) der Name dieser verborgenen Anwälte jederzeit zur Warnung der Partheien öffentlich kund gemacht werden [12].

§. 9.
Von Frohnboten und Gerichtsdienern [1].

Aufgaben der Gerichtsdiener oder Gerichtsboten sind;

a) Zustellung der richterlichen Verfügungen und Ladungen an die Partheien [2];

gan Unserer landesherrlichen Verordnungen zu betrachten ist u. s. w.

11) Rescr. vom 21. April 1812 (Moriz Nov. Samml. III 146).

12) Verordn. vom 13. Aug. 1804 Nr. 4; — in spätern Jahren wiederholt eingeschärft. S. Nov. Samml. I S. 162, III S. 144, IV S. 126.

1) Vergl. die Verordn. vom 24. März 1802 §§. 10, 11 (Nov. Samml. I S. 163—5). — Verordn. vom 3. Dezemb. 1808 nr. 2 (Reg. Bl. S. 2803).

2) S. unten Kap. V §. 8 nr. 10, 12, 13. Vergl. Mevius decis. P. IV dec. 294; — Spengel in v. ZuRheins Beiträgen Bd. I S. 115 ff.

b) Leistung mechanischer Dienste bei Vollstreckung richterlicher Urtheile und Befehle [3]; — häufig auch

c) die Empfangnahme und Präsentirung des Einlaufs [4].

Die deßfallsigen Aufzeichnungen der Gerichtsboten oder Gerichtsdiener haben, wenn sie in der vorgeschriebenen Form geschehen sind, die Beweiskraft eines amtlichen Certifikats, worüber das Nähere unten zu Gerichtsordnung V §. 8.

§. 10.

Von Abwesenheit der Beamten und deren Vertretung.

Bei allen Justizstellen und Behörden hat, wenn ein Gerichtsmitglied durch Krankheit oder sonst verhindert ist oder Ferien genießt, der Vorstand zu bestimmen, wer in der Zwischenzeit in den demselben zugetheilten Akten die Rekurrentien erledigen und ihn überhaupt vertreten soll [1]. — Statt des verhinderten Vorstandes tritt der Nächste im Range ein [2]. — Bei Gerichten, welche nur mit einem Richter besezt sind, ist über die Vertretung in Abwesenheits- oder Verhinderungsfällen (durch einen benachbarten Beamten) die Bestimmung der betreffenden Kreisstellen zu erholen.

3) S. unten Kap. XVIII §. 2 vgl. mit Kreittmayr in der Anmerk. lit. b.

4) Hofrathsordnung vom 16. Juli 1779 Art. V: „Alles, was bei dem Hofrath vorkommt, soll durch den Rathsdiener dahin eingegeben werden..... Der Rathsdiener soll alle eingereichten Schriften ordentlich präsentiren, ein ordentliches Einschreibbuch darüber halten u. s. w."

1) Rescr. vom 29. Sept. 1812 (Moritz Nov. Samml. III S. 146). — S. übrigens oben Komm. zu Kap. II §. 1, III und IV.

2) S. Nov. Samml. I S. 166.

Drittes Kapitel.

Von dem Gerichtsprozesse.

Drittes Kapitel.

Von dem Gerichtsprozesse.

§. 1.

Vorläufige Erörterungen, die Grundmaximen betreffend.

A. Von der Verhandlungsmaxime im Verhältnisse zum richterlichen Amte [1]).

Nach dem §. 1 des dritten Kapitels besteht das Wesen des gerichtlichen Prozesses darin, daß die streitige Sache vor der gehörigen Obrigkeit angebracht, mit hinlänglicher Vernehmung aller interessirten Theile der Nothdurft nach untersucht, durch richterlichen Ausspruch entschieden und dieser endlich auch zum Vollzug gebracht werde. — Dieser Ausdruck: „Untersuchung der streitigen Sache" ist nicht im Sinne des Gegensazes von Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime aufzufassen; indem es die leztere ist, welche den Bestimmungen der Gerichtsordnung über das Verfahren zu Grunde liegt [2]). Auch für den bayerischen Prozeß gilt

1) Gönner im Handbuch Bd. I nr. VIII und X. Gensler Handbuch zu Martin's Lehrbuch ed. II S. 68—72. Derselbe in der Vorrede der Anleitung zur gerichtl. Praxis S. XIII ff.; Puchta über die Grenzen des Richteramtes 1819. Desselben Beiträge zur Geseзg. und Praxis Bd. I nr. 2. Mittermaier der gemeine deutsche bürgerl. Prozeß Beitr. 1 Aufl. 2 S. 70 ff. Bayer Vorträge S. 12. — S. auch Gönner im Kommentar zur Nov. vom 22. Juli 1819 S. 63 ff. Welsch Revision der Gesezgebung und Rechtspflege Heft I.

2) Vergl. Kreittmayr in den Anmerk. zur Ger. Ordn. X

1) der Rechtssaz, daß der Richter nicht von Amtswegen thätig wird, daß seine Thätigkeit nicht nur hinsichtlich der Eröffnung, sondern auch der Fortsezung des Prozesses von der Aufforderung der Partheien abhängt [3].

Es findet jedoch

a) eine Ausnahme von dieser Regel bei offenkundigen Freveln und überhaupt in allen Fällen statt, in welchen das Interesse der öffentlichen Ordnung die Einschreitung von Amtswegen erheischt [4]. — Wenn es sich

b) nicht von der Eröffnung, sondern von der Fortsezung des Prozesses handelt, so genügt die Veranlassung zu richterlicher Thätigkeit, welche in den Eingaben oder Erklärungen der Partheien liegt. Durch ausdrückliche Aufforderung ist hier die Erlassung richterlicher Verfügungen nicht bedingt.

c) Es giebt prozessualische Handlungen, deren Hauptzweck nur darin besteht, der richterlichen Beurtheilung vorzuarbeiten, also zur Lösung einer Aufgabe beizutragen, welche in der Sphäre des richterlichen Amtes liegt. Sie werden als ausserwesentlich betrachtet, und den Partheien, sie binnen gewisser Frist vorzunehmen, nicht aufgegeben, sondern nur freigelassen. Dahin gehören z. B. die Deduktionen nach geführtem Beweise, die Nebenverantwortung im Berufungsverfahren. Beruht nun der Aktenschluß lediglich auf Vornahme von Prozeßhandlungen dieser Art, so hat der Richter denselben, wenn die vorgesteckte Frist ungenüzt verstrichen ist, von Amtswegen zu beschließen und sofort zur Urtheilsfällung zu schreiten. —

§. 15 lit. f: „Damit nicht der Processus civilis in inquisitorium verkehrt werde."

3) Puchta über die Grenzen des Richteramtes §. 12. Vergl. Ger. Ordn. VI §. 16 nr. 3. — Abweichend die §§. 180, 197 des revidirten Entwurfs von 1827.

4) Vergl. Ger. Ordn. III §. 5 nr. 5 — vgl. mit V §. 7.

Wenn ausserdem

d) geraume Zeit hindurch von keiner Seite ein Schritt zur Fortsezung des Rechtsstreites geschieht, so kann der Richter den Partheien eröffnen, daß, sofern binnen gewisser Frist eine weitere Anregung nicht erfolgen würde, die Akten, vorbehaltlich späterer Wiederaufnahme [5]), reponirt werden sollten.

2) Sache der Partheien ist es, diejenigen Thatsachen anzuführen, und nöthigenfalls zu bewahrheiten, welche zur Begründung ihres Anspruchs, beziehungsweise ihrer Vertheidigung dienlich seyn mögen. Unstatthaft ist es, Thatsachen oder Beweismittel von Amtswegen zu suppliren [6]). An diese Regel ist jedoch

a) der Richter nicht gebunden, wenn obwaltende Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit eine Abweichung erfordern [7]). Er ist

b) in Bagatellsachen, in Sachen zwischen eheleiblichen Eltern und Kindern, nicht minder im possessorium summariissimum so berechtigt als verpflichtet, die Herstellung des wahren Sachverhaltes von Amtswegen zu erstreben [8]). Wenn

c) Personen, welche der Rechte nicht kundig sind, ohne Rechtsbeistand ihre Sache verhandeln, so soll sich

5) Vergl. Ger. Ordn. III §. 9 nr. 5.

6) Quod non est in actis, non est in mundo. Vergl. Puchta a. a. O. §. 24.

7) Vergl. Ger. Ordn. X §. 3 nr. 10.

8) In solchen Sachen soll man gar keinen oder wenigstens keinen schriftlichen Prozeß, noch weniger weitläufige Beweise gestatten, sondern dieselben gleich durch ein mündliches Verhör, oder eine Kommission, oder der Billigkeit nach, zu entscheiden trachten. Ger. Ordn. III §. 3 nr. 1. — Der engern Begrenzung des den Partheien verstatteten Gehörs entspricht der weitere Spielraum des officium judicis. Vergl. Puchta a. a. O. §. 35.

der Richter bestreben, daß das Faktum des Streites vollständig und genau aufgenommen, der Streitpunkt richtig gestellt und dasjenige gebührend aufgeklärt werde, was zur Entscheidung des Streites erfordert wird [9]. —

In Gemäßheit dieser Vorschrift unterliegt es keinem Bedenken, der Unbeholfenheit der Partheien, durch geeignete Fragen zu Hülfe zu kommen, und sie auf solche Weise zur Ausfüllung der Lücken ihres Vortrags, so wie zur Aufhellung und genaueren Bestimmung des Vorgetragenen zu veranlassen [10]. Die Vergleichung dessen, was die Parthei verlangt, mit dem, was nach den Gesezen zur Begründung des Antrags erforderlich ist, mag bey Ausübung des Fragerechts den Leitfaden an die Hand geben; der Richter muß aber in den Schranken einer „Veranlassung oder Anregung zu genaueren und weiteren Mittheilungen" bleiben; ein wirkliches Suggeriren bestimmter Thatsachen ist unstatthaft. — Uebrigens liegt es

d) auch abgesehen von dem Selbsthandeln rechtsunkundiger Personen in den Befugnissen des Richters, dafür thätig zu seyn, daß es den Erklärungen einer Parthei, welche auf Behauptungen des Gegners abgegeben werden, nicht an Deutlichkeit und Bestimmtheit fehle. — Trägt der Rechtskundige oder durch einen Rechtsanwalt Handelnde, selbstständige Behauptungen unklar und verworren vor, so ist die natürliche Folge, daß er mit dem darauf gebautem Antrage angebrachtermaßen abgewiesen oder demselben überhaupt nicht stattgegeben wird. Handelt es sich aber nur von einer Erklärung über gegnerische Behauptungen, durch welche Erklärung der Streitpunkt festgestellt werden soll, so darf darüber kein Zweifel obwalten, ob der Erklärende diese oder jene Thatsache habe verneinen oder bejahen wollen. Wenn nun aber dies durch den Inhalt oder die Abfassung der Erklärung

9) Novelle vom 22. Juli 1819 §. 3.

10) Vergl. Gönner im Kommentar zum angef. §en.

zweifelhaft gelassen wird, so kann und soll der Richter dem Antworter — unter genauer Bezeichnung der fraglichen Thatsachen — aufgeben, sich deutlicher und bestimmter darüber zu äußern. Dies gilt insbesondre von der Einlassung auf die Klage, der s. g. Kriegsbefestigung [11]. Die Gerichtsordnung läßt zwar eine allgemeine Kriegsbefestigung zu; allein unzulässig ist es, mit einer auf Schrauben gestellten Erklärung über das Einzelne der Thatsachen einen allgemeinen Widerspruch in der Art zu verbinden, daß es nun als ungewiß erscheint, was eingeräumt werden wollte und worauf sich der allgemeine Widerspruch beziehe. Bei dieser Lage der Sache hat der Richter dem Beklagten in der angeführten Art eine Verbesserung der Kriegsbefestigung — aufzugeben [12]. Diese Verbesserung kann allerdings in einer allgemeinen Verneinung derjenigen Punkte bestehen, hinsichtlich welcher die Einlassung als zweifelhaft erschien; denn auch darin würde die verlangte bestimmte Erklärung vorliegen.

Gleiche Grundsäze gelten für die Einlassung auf Einreden, Repliken u. s. w.

Wo übrigens die Unterlassung einer bestimmten Erklärung nach besondrer Vorschrift die Annahme des Zuge-

11) Kreittmayr in den Anmerk. zu Ger. Ordn. VI §. 1 lit. e: „Die Kriegsbefestigung muß so beschaffen seyn, daß man daraus erkennen könne, was und wieviel man von der Klage eingestehe oder widerspreche. Ausser dessen ergeht der Vorbescheid, daß man sich näher und förmlicher über dieß oder jenes sub poena contumaciae vernehmen lassen solle." — Welches Präjudiz hier Plaz greife, davon kann erst unten im Kommentar zu Kap. VI §. 1 die Rede seyn. — Vergl. indessen Gönner a. a. O. S. 96.

12) Es ist ein arges Gebrechen unsrer Gerichtspraxis, daß von dieser richterlichen Befugniß sehr selten Gebrauch gemacht wird.

ständnisses oder der Anerkennung nach sich zieht [13]), fällt die Anordnung einer Verbesserung natürlich weg.

Gleichfalls unabhängig von der Eigenschaft der Personen und deren Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist

e) das besondere Fragerecht, welches die Gerichtsordnung [14]) — den Dikasterien einräumt, und zufolge dessen diese befugt sind:

„den Partheien selbst, nach Gestalt und Erforderniß der Sache zur Erforschung der gründlichen Wahrheit vor und nach dem Beschlusse der Sache, von Amtswegen Fragstücke zu stellen."

Indessen dürfen diese Fragstücke immer nur auf Aufhellung eines verworrenen Faktums, nähere Bestimmung der Thatsachen, auf Feststellung des status causae et controversiae, oder auf Hebung von Mißverständnissen, — keineswegs aber nach Art des Untersuchungsprozesses [15]) darauf gerichtet seyn, ein Geständniß über Thatumstände zu erzielen, welche in den Verhandlungen abgeleugnet worden sind [16]).

Untergerichte können von diesem Fragerechte nur — nach eingeholter Authorisation des vorgesezten Obergerichts — Gebrauch machen. — Ist

f) dem Richter bekannt, daß in andern — unter denselben Partheien oder ihren Rechtsvorfahrern erwachsenen Verhandlungen — Thatsachen oder Behelfe vorkommen,

13) Vergl. Ger. Ordn. XI §. 7 nr. 1 und 2.

14) Ger. Ordn. X §. 15 nr. 7.

15) Kreittmayr in den Anmerk. zur angef. Stelle.

16) Vergl. über das richterliche Fragerecht Const. 9 de judiciis (3, 1); cap. 10 X de fide instrumentorum (2, 22); jüngst. Reichsabschied §. 41. Martin Lehrbuch ed. XI §. 126; Linde Lehrbuch ed. III §. 220. Gensler im Kommentar zu Martin Bd. I S. 217.

kommen, welche für die vorwürfige Streitsache dienlich seyn möchten, gleichwohl aber noch nicht benüzt wurden, so ist er nicht befugt, dieselben von Amtswegen ohne Weiteres zu berücksichtigen; wohl aber ist es unbedenklich und angemessen, die fraglichen Vorakten alsbald zu adhibiren, von dieser Beifügung die Partheien zu benachrichtigen, und ihnen die Benüzung anheimzugeben [17].

g) Nicht selten kömmt es vor, daß relevante Thatsachen von den Partheien auf eine Weise angeführt werden, nach welcher die Absicht der Geltendmachung nicht mit Bestimmtheit hervortritt. Dies hindert aber den Richter nicht, darauf die dem Petitum gemäße Rücksicht zu nehmen. Anders verhält sich natürlich die Sache, wenn ausgesprochen ist, daß man die fraglichen Thatsachen nicht geltendmachen wolle.

h) Was in dem faktischen Vorbringen der einen Parthei vorkömmt, kann der andern zu Gute kommen, sofern nur leztere die fragliche Thatsache nicht widersprochen hat.

Endlich kann es

i) als ein Suppliren von Thatsachen nicht angesehen werden, wenn der Richter zusammenfaßt, was die Partheien zwar in den wesentlichen Umständen, aber nur in einzelnen Andeutungen oder Bemerkungen, minder zusammenhängend, vorgetragen haben.

k) Ueber das richterliche Amt in Berücksichtigung der Vorakten bei Prüfung der Klagschrift [18], in Supplirung unterlassener Einreden [19], in Befragung der Zeugen [20], Berücksichtigung konnexer Urkunden [21], Vor-

17) Vergl. Puchta a. a. O. S. 85, 102, 104.

18) Ger. Ordn. IV §. 17.

19) Ger. Ordn. VI §. 9.

20) Ger. Ordn. X §. 15 nr. 7.

21) Ger. Ordn. XI §. 5 nr. 6.

nahme des Augenscheins, Zuziehung von Sachverständigen [22]) u. s. w. — wird überall am gehörigen Orte im Besondern die Rede seyn.

Die Rechte, welche im Civilprozesse geltend gemacht und vertheidigt werden, sind dem Verzichte der Betheiligten unterworfen; der Schuz des Staates wird denselben nicht aufgedrungen, sondern nur in dem Maße, als er verlangt wird, gewährt; es ist daher

3) der Umfang des richterlichen Amtes durch die Anträge der Partheien begränzt (ne eat judex ultra petita partium) [23]). In Gemäßheit dessen kann

a) der Richter die Streitsache nicht in einer vortheihafteren Prozeßart, als vom Kläger beantragt worden, verhandeln; er darf mit Anordnung von Sicherungsmaßregeln, sofern nicht Rücksichten des öffentlichen Interesse vorwalten [24]), dem Begehren des Betheiligten nicht vorgreifen, und damit nicht weiter gehen, als verlangt wird; die Realisirung der nachtheiligen Folgen begangner Versäumnisse und Versehen hängt der Regel nach [25]) von Anträgen des Gegners ab, und „mit dem Bescheide soll der Richter über die in den Akten enthaltenen petita, soviel das objectum litis in der Hauptsache selbst betrifft, nicht hinausgehen, und nicht auf anderes oder mehr erkennen" [26]).

b) Jeder prozessualische Antrag hat die Natur ei-

22) Ger. Ordn. XII §. 3 nr. 2, 5.

23) Ger. Ordn. XIV §. 7 nr. 2.

24) Vgl. Ger. Ordn. VIII §. 7 nr. 1. — Ueber eine Ausnahme anderer Art s. meine Blätter für Rechtsanwendung, vom 9. April 1836 S. 120.

25) Ger. Ordn. V §. 11 nr. 1. — Ueber Ausnahmen vgl. Ger. Ordn. IX §. 11, XV §. 6 nr. 1, XVI §. 1 nr. 3.

26) Ger. Ordn. XIV §. 7 nr. 2 — vergl. mit den Anmerk. zu dieser Stelle.

ner Willenserklärung; die Willenserklärung kann eine ausdrückliche seyn, oder aus andern Aeusserungen oder Handlungen durch Schlußfolgerung erkannt werden (consensus tacitus); auch stillschweigend erklärte Anträge sollen vom Richter beachtet werden [27]).

c) Der in einem gerichtlichen Antrage vorliegenden Willensäusserung kann eine auf Irrthum beruhende Willensbestimmung, eine unrichtige Schlußfolgerung zu Grunde liegen; der Richter, welcher diesen Irrthum wahrnimmt, darf gleichwohl den vortheilhafteren Antrag, welcher sich als das Ergebniß der richtigen Schlußfolge darstellt, keineswegs substituiren [28]). Wenn aber α) ausser Zweifel ist, daß das Richtige von der Parthei gedacht wurde, und die Mangelhaftigkeit des Antrags, wie er vorliegt, nur auf einem Schreibversehen, einer Uebereilung oder Unbeholfenheit im Ausdruck oder auf einem Rechnungsfehler beruhe, so kann die Verbesserung von Richteramts wegen geschehen [29]). Wenn β) die Streitsache reif ist, um zu Gunsten der einen Parthei jezt schon definitiv entschieden zu werden, diese Parthei gleichwohl zunächst nur auf Einleitung eines unnöthigen Vor- oder Zwischenverfahrens anträgt, so ist der Richter an dieses ungeeignete Gesuch nicht gebunden, vielmehr nach Lage der Sache, in Gemäßheit des wenigstens virtualiter [30]) vorliegenden Hauptgesuchs, endlich zu erkennen befugt.

27) Kreittmayr in den Anmerk. zu XIV §. 7 lit. b.

28) Puchta a. a. O. §. 30.

29) Waltet irgend Bedenken ob, insbesondre in Betreff des dem Gegner gebührenden Gehöres, so mag diesem Gelegenheit gegeben werden, sich über den Antrag, so wie er sich nach der Verbesserung gestaltet, zu äussern.

30) S. Kreittmayr in den Anm. zu XIV §. 7 lit. b. — Besondre Grundsäze gelten, wenn dergleichen ungeeignete petita in der Berufungsinstanz gestellt werden.

d) Wenn Personen, welche der Rechte nicht kundig sind, ohne Rechtsbeistand ihre Sache (mündlich) verhandeln, so ist es Recht und Pflicht des instruirenden Richters, nicht blos eine deutliche und bestimmte Erklärung über das, was verlangt wird, durch geeignete Fragen zu veranlassen, sondern auch den Antrag so zu redigiren und in das Protokoll aufzunehmen, wie er dem faktischen Vorbringen und der Absicht der Parthei am besten entspricht [31]). Hierbei versteht es sich von selbst, daß diese richteramtliche Nachhülfe beiden Theilen, wenn beide rechtsunkundig und mit einem Rechtsbeistand nicht versehen sind, gleichmäßig — mit voller Unpartheilichkeit zu Theil, und daß dabei offen und unverhohlen zu Werke gegangen werden müsse. Auch darf natürlich kein Antrag niedergeschrieben werden, welchen sich anzueignen die Parthei nicht ausdrücklich erklärt hat.

In der angegebnen Art ist dem rechtsunkundigen Kläger insbesondere hinsichtlich des Prozeßgesuchs und der Wahl zwischen Petitorium und Possessorium, von Amtswegen an die Hand zu gehen [32]).

e) In dem Antrag auf Zuerkennung des Mehreren ist die eventuelle Bitte um Zuerkennung des Minderen stillschweigend enthalten. Eben so kann derjenige, welcher eine Leistung in gewisser günstiger Beschaffenheit in Anspruch genommen hat, keineswegs abgewiesen werden, wenn sich aus den Verhandlungen ergiebt, daß ihm zwar die fragliche Leistung in der Hauptsache, aber nicht in der beantragten Modalität gebühre; vielmehr ist hier die Leistung, so wie sie gebührt, zuzuerkennen. Ist aber das Gebührende von dem, was gebeten

31) Nov. vom 22. Juli 1819 §. 3 und Gönner im Kommentar zu dieser Stelle. — Vergl. insbesondre Puchta a. a. O. §§. 20 — 22.

32) Puchta a. a. O.; Gönner a. a. O.

wurde, nicht blos dem Betrage nach oder in Nebendingen verschieden, sind es vielmehr nach hauptsächlichen Merkmalen verschiedenartige Sachen oder Handlungen [33]), so würde der Richter die Gränzen seines Amtes überschreiten, wollte er statt des Verlangten das nach Lage der Akten Gebührende zuerkennen [34]). Dabei kann es nicht in Betracht kommen, daß sich etwa zwischen beiden — nach einem allgemeinen Werthsmaßstab — das Verhältniß des minder Vortheilhaften zu dem Vortheilhafteren annehmen läßt; ist das Gebührende etwas anderes, als das Verlangte, so darf nicht darauf erkannt werden.

f) Die Abweisung unstatthafter Anträge, unbegründeter Ansprüche, unerheblicher Vertheidigungsmittel hängt nicht davon ab, daß der Gegner diese Abweisung verlangt; sie kann, ohne Vernehmung des Gegners, von Amtswegen verfügt werden [35]). — Was, im Falle die Verhandlung eingeleitet wurde, der Gegner am Faktum einräumt, gilt dem Richter als wahr, und wenn derselbe die Forderung unumwunden zugesteht, und sich auch sonst nicht vertheidigt, so existirt kein Rechtsstreit und es wird kein Urtheil gesprochen [36]). Wird aber der Antrag über-

33) Z. B. der Kläger hat auf Zahlung aufgetragen, der Richter findet, daß er auf Deposition anzutragen befugt wäre. —

34) Wenn z. B. zweifellos in possessorio geklagt ist, kann nicht in petitorio erkannt werden, wenn gleich auch die Frage des Rechtes als zum Endurtheil reif erscheint. Vergl. Ger. Ordn. III §. 4 nr. 3.

35) Ger. Ordn. IV §§. 8, 17.

36) Der Richter kann hier nur aussprechen, daß es bei dem Zugeständnisse sein Bewenden habe, und auf Anrufen des Klägers einen Zahlungsbefehl erlassen. — Natürlich muß die richterliche Hülfe ungeachtet des vorliegenden Zugeständnisses versagt werden, wenn der Richter, nach erfolgtem Zugeständnisse, sich überzeugt, daß die (vielleicht aus Uebereilung

haupt bekämpft, sey es auch unter Zugestehung seiner Statthaftigkeit — auf dem Grunde einer Einrede, so ist immer die Statthaftigkeit desselben der richterlichen Beurtheilung zu unterwerfen, und, wenn er als unbegründet erkannt wird, die Abweisung aus diesem Grunde auszusprechen. Nur mit dieser Einschränkung kann der Saz gelten, daß „confessus pro judicato gehalten werde [37]), und daß der Richter auch an dem Petitum des Beklagten von Amtswegen nichts ändern oder ersezen dürfe [38])." — In Gemäßheit dessen ist z. B. eine verhandelte, bei Abfassung des Urtheils als grundlos erkannte Klage abzuweisen, wenn gleich der Beklagte nicht die rechtliche Begründung angegriffen, sondern nur die Thatsachen abgeleugnet und demzufolge den Antrag gestellt hat, dem Kläger den Beweis des Klagegrundes aufzulegen. Eben so muß ein Antrag, notorisch untüchtige Zeugen zu vernehmen, von Amtswegen verworfen werden, sollte auch der Gegner nur die Exceptionsmäßigkeit behauptet und in die Vernehmung gewilligt haben [39]).

g) In Sachen, welche nach Vorschrift der Gerichtsordnung nach Billigkeit zu entscheiden sind [40]), darf der Richter, wenn aus Irrthum weniger, als gebührt, oder ein unrechter Gegenstand verlangt worden, auch ein Mehreres oder Anderes zuerkennen [41]), aber natürlich auch hier nichts gegen die Absicht des Klägers aufdringen.

zur Verhandlung) mitgetheilte Klage eine Forderung aus einem verbotenen Geschäfte, z. B. aus einem unerlaubten Spielvertrage zum Gegenstand habe.

37) Ger. Ordn. VI §. 11, XII §. 1 pr. und die Anmerk. zu diesen Stellen.

38) Kreittmayr in den Anmerk. zu Ger. Ordn. VI §. 9.

39) Ger. Ordn. X §. 12 nr. 1.

40) Ger. Ordn. III §. 3, nr. 1, 2.

41) Puchta a. a. O. §. 35.

Eine wichtige Abweichung von der Regel findet auch bei den Theilungsklagen und dem judicium finium regundorum statt, indem hier der Richter auf die angemessenste Art der Theilung resp. auf eine neue Regulirung der Gränzen erkennen darf, wenn gleich diese von keiner der Partheien beantragt wurde [42].

h) „Was zu der Klage ihrer Eigenschaft nach gehört (causa litis), hat der Richter allezeit von Amtswegen zu ersezen, mithin auch hinsichtlich der Kosten, Schäden, Zinsen [43] und Früchte, wenn schon in dem petito davon abstrahirt worden," — das Gebührende zuzusprechen [44].

i) Vom Verhältnisse des richterlichen Amtes zu den Anträgen der Partheien in Bezug auch die Verhängung der nachtheiligen Folgen des Ungehorsams [45], auf den Aktenschluß [46] die Benüzung der Beweismittel [47] und Erhebung von Beweisgründen durch Augenschein und Sachverständige [48], ferner in Bezug auf Glaubwürdigkeit der Zeugen [49], Beweiskraft der Urkunden [50], Statthaftigkeit und Zuerkennung der Eidesleistung [51], besonders auch in

42) §. 4 Inst. de offic. jud. (4, 17); fr. 16 §. 2, fr. 22 §. 1, 2, fr. 55 fam. erc. (10. 2); fr. 21 commun. divid. (10, 3); const. 3 commun. divid. (3, 37).

43) Darunter sind aber nur Zinsen, quae officio judicis debentur, nicht auch Vertragszinsen, welche nicht zur causa litis gehören, zu verstehen. Vergl. v. Wening-Ingenheim Civilrecht §. 192.

44) Ger. Ordn. IV §. 7 nr. 6.

45) Ger. Ordn. V §§. 10, 11, VI §. 16.

46) Ger. Ordn. XIV §. 2.

47) Vergl. Ger. Ordn. IX §. 13.

48) Ger. Ordn. XIII §. 3 nr. 2, 5.

49) Ger. Ordn. X §. 12.

50) Ger. Ordn. XI §. 9 nr. 4.

51) Ger. Ordn. XIII §. 1 ff.

Bezug auf den Inhalt der Beschwerden bei ergriffenen Rechtsmitteln [52]), und auf Liquidität und Priorität im Konkursprozesse [53]) u. s. w. wird überall bei den speziellen Erörterungen näher die Rede seyn. —

4) Unabhängig von dem Vorbringen der Partheien ist der Richter in Allem, was die rechtliche Beurtheilung, die Subsumtion unter das Gesez betrifft. Es ist Recht und Pflicht des Richters, die Rechtsgründe, wenn sie von einer Parthei nicht angeführt wurden, von Amtswegen zu ergänzen, und eben so die unrichtig angeführten zu berichtigen [54]). Derselbe hat überall zu prüfen, ob der gestellte Antrag nach den vorgetragenen Thatsachen als begründet erscheine? — auf die Richtigkeit der technischen Bezeichnung der angestellten Klage oder gebrauchten Einrede kömmt es eben so wenig an, als auf die Probehältigkeit der vorgetragenen Rechtsausführung [55]). — Nur darf dem Antrage nicht aus dem Standpunkte eines Rechtsverfolgungs- resp. Vertheidigungsmittels stattgegeben werden, welches nicht gebrauchen zu wollen, die Parthei ausdrücklich erklärt hat [56]).

Aufgabe des richterlichen Amtes ist es ferner, die vorgetragenen Thatsachen zu sichten, und die relevanten daraus z. B. durch Beweisinterlokut hervorzuheben. Auch hierbei ist er an die in den Partheischriften, wenn gleich übereinstimmend vorgetragenen Ansichten nicht gebunden [57]).

52) Ger. Ordn. XV §. 9.

53) Ger. Ordn. XIX §. 15.

54) C. un. ut quae desunt advoc. partium, judex suppleat (2, 11); Ger. Ordn. IV §. 8; Gensler im Handbuch zu Martin ed. II S. 68 f.

55) Ger. Ordn. a. a. O.

56) Wenn z. B. der Kläger bei konkurrirenden Klagen ausdrücklich erklärt hat, die eine der in Frage befindlichen nicht anstellen zu wollen. — Vergl. Röder civil. Abhandl. nr. VI.

57) Z. B. bei einer Zurückforderung sind beide Theile der Mei-

Nicht, was die Partheien für erheblich halten, wird zum Beweise ausgesezt, sondern was der Richter dafür erkennt.

5) Wer für vorenthaltene, verlezte oder angegriffene Rechte die Hülfe oder den Schuz des Staates sucht, muß die Vorbedingungen erfüllen, die Ordnung einhalten, die Formen beobachten, welche das Gesez für das gerichtliche Verfahren als Voraussezungen seines Rechtsbestandes, oder als wesentlich für Erreichung seiner Zwecke, vorschreibt. — Ueber die Erfüllung jener Vorbedingungen, über die Einhaltung der gesezlichen Ordnung des Verfahrens, über die Beobachtung der als unerläßlich gebotenen [58]) Förmlichkeiten, über die Vornahme und Beibringung alles desjenigen, dessen Ausserachtlassung eine Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben würde, — hat der Richter von Amtswegen zu wachen; seine Thätigkeit ist in dieser Hinsicht nicht abhängig von dem Vorbringen und den Anträgen der Partheien [59]). Er sieht von Amtswegen darauf, ob der Erhebung der Klage der Sühneversuch bei dem Vermittlungsamte [60]), ob bei Prozessen gegen den Fiskus die Betretung des Administrativweges vorhergegangen sey [61]) ? — von Amtswegen berücksichtigt und

nung, daß es sich von der condictio indebiti handle, und daß es demnach auf den Beweis der Zahlung aus Irrthum ankomme. — Wenn nun aber der Richter erkennt, daß die Voraussezungen der condictio ex injusta causa (z. B. bei der Zurückforderung der über das gesezliche Maß gezahlten Zinsen) vorhanden sind, so wird er, der übereinstimmenden Ansicht beider Theile ungeachtet, in Betreff des Irrthums keinen Beweis fordern. Vergl. Röder a. a. O.

58) Hinsichtlich der nicht unerläßlichen Förmlichkeiten s. oben Kommentar zu Kap. II §. 1 S. 260.

59) Puchta a. a. O. §§. 13 — 15.

60) Verordn. vom 31. Mai 1810 Art. III vgl. mit dem Gemeindeedikt vom 17. Mai 1818 §. 120 und vom 1. Juli 1834 §. 26.

61) Verordn. vom 4. Febr. 1809 (Reg. Bl. S. 1035).

prüft er seine Kompetenz [62]), die Befugniß der Partheien, vor Gericht selbstständig aufzutreten [63]), die etwaige Betheiligung Dritter [64]), die Legitimation der Anwälte und sonstigen Vertreter [65]), die Nachweisungen über gehörige Ladung der Partheien [66]); — nicht minder geschieht von Amtswegen die Handhabung des Verbots Verwirrung drohender Klagenhäufung [67]), so wie der Gebote, zusam=

62) Dahin gehört auch die Prüfung der Appellationssumme und der Einhaltung der Appellationsfatalien. Denn fehlt es hieran, so ist die Sache nicht zur Kompetenz des Oberrichters erwachsen.

63) Ger. Ordn. III §. 6 vgl. mit Linde Lehrbuch §§. 114, 116.

64) Ger. Ordn. VIII §. 4 nr. 5. — Abgesehen von der aus den Akten erhellenden Betheiligung Dritter ist der Satz, daß die Legitimation zur Sache von Amtswegen zu prüfen sey, in keinem andern Sinne richtig, als daß der Richter bei Prüfung der Statthaftigkeit einer Klage, Einrede u. s. w. sein Augenmerk gerade so auf die zur Sachlegitimation erforderlichen Thatsachen, wie auf die übrigen faktischen Voraussezungen des Rechtes und seiner Wirksamkeit zu richten und daher z. B. die Klage von der Schwelle des Gerichtes zurückzuweisen habe, wenn der Kläger das für einen Andern entstandene Recht geltendmacht, ohne anzuführen, wie es auf ihn übergegangen, oder wenn die in dieser Beziehung angeführten Thatsachen zur Bewirkung des Uebergangs nicht geeignet sind. „Im Fall aber die thatsächlichen Bedingungen der Legitimation zur Sache in den Akten an der gehörigen Stelle von dem einen Theil vorgetragen worden sind, und von desselben Gegner eingeräumt werden, so liegt es ausser der Befugniß und Pflicht des Richters zu untersuchen: ob jenes von der Willkür der Interessenten ausgehende Zugeständniß der faktischen Wahrheit wirklich entspreche." Gensler im Handbuch ed. II S. 185 Note 137. — Vergl. Martin im Lehrbuch ed. XI §. 37.

65) Ger. Ordn. VII §. 1.

66) Es gilt hier die Vermeidung von Nichtigkeiten.

67) Ger. Ordn. IV §. 9.

mengehörende Sachen nicht von einander zu trennen [68]), eine nicht konnexe Wiederklage zur besonderen Austragung zu verweisen [69]), im processus summariissimus das, was einer besondern Erörterung bedarf, von dem Liquiden und unverschieblichen abzusondern [70]) u. dgl. Gerade so verhält es sich mit dem Vollzug der Vorschrift, nach welcher Dokumente, worauf man sich in der Klage, Antwort, Replik oder Duplik bezieht, sogleich abschriftlich mit beigelegt werden sollen [71]); ferner mit der Einschreitung gegen geflissentliche Verzögerungen [72]) und gegen Abschweifungen vom Streitpunkte, mit der Abschneidung des Uebermaßes der Beweismittel [73]) u. s. w. In allen diesen Punkten ist es Pflicht des Richters, wachsam und von Amtswegen thätig zu seyn; — diese Pflicht wird leider — unter dem Vorwand der Verhandlungsmaxime, von trägen und bequemen oder mit sonstigen Geschäften überladenen Beamten häufig vernachlässigt, und diese Vernachlässigung ist eine der Hauptquellen der gerechten Klagen, welche von allen Seiten über unser gerichtliches Verfahren geführt werden.

Es versteht sich endlich von selbst, daß die Handhabung der Bestimmungen über die Beobachtung der äussern Form [74]) der gerichtlichen Eingaben, so wie im Allgemeinen der Gerichtsdisziplin [75]) — ausser der Sphäre der Verhandlungsmaxime liege.

68) Ger. Ordn. I §. 10.

69) Ger. Ordn. VIII §. 1 nr. 2.

70) Ger. Ordn. III §. 3 nr. 4.

71) Ger. Ordn. IV §. 12, XI §. 5 nr. 1. Diese Vorschrift ist (wie am gehörigen Orte gezeigt werden wird) durch die Nov. vom 22. Juli 1819 §. 16 nicht aufgehoben.

72) Vergl. Ger. Ordn. IV §. 12, 15, VI §. 11, 14, VIII §. 4 nr. 6, §. 6 nr. 3.

73) Ger. Ordn. X §. 13 nr. 1.

74) Ger. Ordn. IV §. 10.

75) S. oben Komm. zu Kap. II §. 5.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, welchen Einfluß diese Maxime auf unser gerichtliches Verfahren äussert, und welche Gränzen ihr durch den Umfang der richterlichen Prozeßdirektion gezogen sind. Von der lezteren ist noch zu bemerken, daß sie sich auch in der Mittheilung der Partheischriften, in den Ladungen, in der Anberaumung der Tagfahrten, in Bestimmung und Verlängerung der Fristen kund giebt.

§. 2.

B. Von der Eventualmaxime [1]).

Eventualmaxime heißt der Grundsaz, nach welchem, zur Abkürzung der Rechtsstreite, prozeßualische Handlungen früher vorgenommen werden müssen, als, ob man ihrer bedarf, entschieden ist [2]). — Die Mittel und

1) Ueber Spuren der Eventualmaxime im römischen und canonischen Rechte s. Brandis commentatio de eo, quod in litibus sub conditione fieri debet. Göttingae 1830. — Vgl. übrigens Mittermaier der bürgerl. Prozeß, Beitrag I ed. II S. 139; Linde im Archiv für civil. Praxis Bd. XII S. 1 ff.; Gensler Anleitung zur Praxis §. 19 Note 1; Bayer Vorträge S. 14.

2) Der Begriff der Eventualmaxime wird gemeinhin enger und bestimmter gefaßt. Uebereinstimmend mit den angeführten Schriftstellern bezeichnet sie Martin in der neuesten Auflage seines Lehrbuchs §. 101 als „die allgemeine Regel, daß jeder von beiden streitenden Theilen aller ihm bereits jezt zu Gebote stehender Angriffs- und Schuzmittel, auf welche er bei Entscheidung dieses Rechtsstreites Rücksicht genommen zu sehen wünscht, mit einem Male und neben einander sich alsdann sogleich bedienen müsse, wenn der Ordnung des Verfahrens gemäß, an jede Gattung derselben die Reihe kömmt, sollten gleich einige davon blos eventuelle Hülfsmittel seyn.“ — Abgesehen davon, daß diese Beschreibung nur relativ deutlich und bestimmt ist, indem sie auf die Grundsäze über die verschiednen Gattungen von Angriffs- und Schuzmitteln und über die Reihen-

Wege, einen Anspruch durchzusezen, können sehr mannichfach seyn; eben so auf der andern Seite die Vertheidigungsmittel. Wenn es nun angienge, von den mehrern zur Durchfechtung desselben Kampfes bereit liegenden Waffen nur eine auf einmal zu gebrauchen, und die andern nur nach und nach auf den Fall zur Hand zu nehmen, wenn sich der Gebrauch der zunächst gebrauchten als erfolglos zeigt; — so würden die Prozesse kein Ende finden und die Gerechtigkeit von der Chikane aus ihrem Reiche vertrieben werden. — Daher sollen zufolge der Eventualmaxime mit der Vorhut das Hauptkorps, mit diesem die Reserve zugleich ins Treffen geführt werden, jedoch in solcher Aufstellung, daß die Wirksamkeit der in den Hinterreihen stehenden Abtheilungen nicht in Frage kömmt, wenn nicht die Wirksamkeit der vorderen vor der Hand zweifelhaft, oder ihre Unwirksamkeit schon entschieden ist [3]. — Nach derselben Maxime ist für gewisse Perioden des gerichtlichen Kampfes vorgeschrieben, mit der Vertheidigung entgegenzutreten, bevor noch entschieden ist, ob eine Vertheidigungsthätigkeit überhaupt erforderlich, ob nicht der Angriff in sich selbst zerfallen werde [4]. — Dem eventuellen Vorbringen und Handeln der Partheien entspricht ferner eine nebst dem Nächsten auch das Even-

folge in ihrer Geltendmachung verweißt, so erscheint sie auch, wenigstens aus dem Standpunkte des bayerischen Prozeßrechts, deswegen als mangelhaft, weil sie einen Theil der Wirkungen der Eventualmaxime nicht mit umfaßt, insbesondre auf die gleichzeitige Durchführung von Beweis und Gegenbeweis (s. unten nr. 2) und auf die richterliche Bethätigung der fraglichen Maxime keine Rücksicht nimmt. Vergl. Brandis l. c. §. 3. — Uebrigens gebe ich unbedenklich zu, daß auch die von mir versuchte Definition an fr. 202 de reg. jur. erinnert.

3) S. unten nr. 1, 2, 3, 5.

4) S. unten nr. 1, 2.

tuelle, aber nur in dem durch diese Eigenschaft begründeten Verhältnisse, erfassende Thätigkeit des Richters [5]).

Man kann sagen, daß die Eventualmaxime zu den Grundlagen des bayerischen Civilprozesses gehöre [6]); sie ist in einer Reihe von Gesezesvorschriften [7]) in Bezug auf die verschiedenen Stadien des Verfahrens ausgeprägt; sie hat ferner der Praxis in Bezug auf wichtige Fragen, bei Fortbildung des Prozeßrechtes, bei Ausfüllung der Lücken des Gesezes, als Vordersaz vorgeschwebt, und sie kann auf gleiche Weise zur Lösung sich ergebender Zweifel überall benüzt werden, wo nicht eine abweichende positive Norm im Wege steht.

Es ist hier nicht der Ort, die Folgesäze [8]) dieser Grundmaxime im Einzelnen anzugeben und auszuführen; es muß dieß der besondern Erörterung der verschiednen Abschnitte des Verfahrens vorbehalten bleiben; jedoch mö-

5) S. unten nr. 6. Vergl. Gensler a. a. O.

6) Sie ist in der bayerischen Gesezgebung so wenig als in den deutschen Reichsgesezen, als allgemeines Rechtsprinzip für das gerichtliche Verfahren, ausdrücklich sanktionirt. (Vgl. in Ansehung des gemeinen Civilprozesses Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. I S. 280; Linde im Archiv für civ. Praxis a. a. O. S. 1); aber sie liegt den Bestimmungen der vaterländischen Gerichtsordnung dermassen zu Grunde, daß die Doktrin sie als allgemeines Rechtsprinzip — vorbehaltlich besondrer Ausnahmen — unbedenklich aufstellen kann.

7) Aus den Reichsgesezen vgl. Reichsabschiede von 1570 §. 89, 90; — von 1594 §. 59 — 64; Reichsdeputationsabschied von 1600 §. 117 — 120; vorzüglich aber den jüngsten Reichsabschied §§. 37, 40, 45, 48 und 70.

8) Dahin wird auch der Saz gerechnet: non datur reconventio reconventionis. Vergl. Gönner im Handbuch Bd. I nr. XXV §. 10; Martin a. a. O. not. d.

gen folgende Regeln, theils wegen ihres allgemeineren Inhalts, theils zur Veranschaulichung der Wirksamkeit des Prinzips, schon hier angereiht werden:

1) Wenn zur Vornahme einer gewissen prozessualischen Handlung oder Abgabe einer Erklärung eine peremtorische Frist oder ein Termin gleicher Beschaffenheit bestimmt und die Versäumung der vorgesteckten Zeit mit einem besondern Rechtsnachtheile bedroht ist, die fragliche Parthei aber die aufgetragene Handlung oder Erklärung aus statthaften Gründen unterlassen zu dürfen, resp. ablehnen zu können glaubt, so ist es Regel [9]), daß die Vorschützung dieser Gründe, wenn solche vom Richter als unzureichend befunden werden, von der Realisirung des Präjudizes nicht befreie; vielmehr kann in solchem Falle die Verwirklichung des gedrohten Rechtsnachtheiles nur dadurch vermieden werden, daß man mit der Vorschützung der Ablehnungsmotive die Vornahme der aufgetragenen Handlung oder die abgeforderte Erklärung eventuell verbindet.

Diese Regel äussert sich nicht blos in der Vorschrift, mit der Vorschützung verzögerlicher Einreden die eventuelle Streiteinlassung und den Vortrag der peremtorischen Einreden zu verbinden [10]); ihre Wirksamkeit tritt in allen Stadien des Verfahrens hervor. Sie gilt z. B. für die Erklärung auf eine mitgetheilte Beweisantretung und die gleichzeitig zu bewirkende Antretung des Gegenbeweises, wenn der Produkt den von seinem Gegner angetretenen Beweis, als desert, irrelevant oder als sonst verwerflich bekämpfen zu können glaubt; sie gilt insbesondere für die Erklärung über die Aechtheit einer vorgelegten Urkunde, deren Recognoscibilität der Produkt bestreitet; eben so für die Erklärung auf eine

9) Ueber eine Ausnahme vergl. z. B. Ger. Ordn. VI §. 3.
10) Ger. Ordn. VI §. 2.

Eidesdelation, deren Unstatthaftigkeit der Delat behauptet. — In allen diesen Fällen ist die unterlassene Erklärung oder Handlung, wenn sie dem Vortrage der Ablehnungsmotive nicht eventuell beigefügt worden, nach Ablauf der Frist präkludirt und verloren, und das für die Unterlassung gedrohte Präjudiz verwirkt.

2) Mit der Erklärung über faktisches Vorbringen des Gegners ist die Anführung alles Desjenigen zu verbinden, was (an peremtorischen Einreden, Repliken u. s. w.) zur Entkräftung der rechtlichen Wirksamkeit des gegnerischen Vorbringens, für den Fall ihm eine solche richteramtlich beigemessen würde, benützt werden will [11].

Eben so muß mit der Erklärung auf die Beweisantretung die Antretung des nur eventuell wirksamen Gegenbeweises verbunden werden [12].

3) Was und wieviel einer Parthei an Behelfen zur Entkräftung gegnerischer Behauptungen (an zerstörlichen Einreden, Repliken u. s. w.) zu Gebote steht, soll zusammen und gleichzeitig vorgebracht und benützt werden; so daß man auf das in Reserve Behaltene nicht zurückgehen kann, wenn dem wirklich Vorgebrachten die Wirksamkeit versagt wird [13].

Gleiches gilt von dem Gebrauche mehrerer zu Gebote stehender Beweismittel, sofern es sich nicht blos von einer vorläufigen Bescheinigung, sondern von einer Beweisführung zum Zwecke definitiver Feststellung des Rechtsverhältnisses handelt [14].

Der Einfluß der Eventualmaxime läßt sich

4) auch in den Wirkungen der Vorschrift erkennen, nach welcher gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide

11) Vergl. Ger. Ordn. VI §§. 2, 12, 13, 16.

12) Vergl. Nov. vom 22. Juli 1819 §. 12.

13) Vergl. die Allegate der Note 11.

14) Vergl. das Allegat der Note 12.

de keine selbstständige Berufung, sondern nur Verwahrung Plaz greift [15]; indem hier ein Verfahren durchgeführt wird, von dem es zweifelhaft ist, ob dasselbe nicht künftig, wenn die fragliche Parthei mit der Berufung gegen das Enderkenntniß die vorbehaltene Beschwerde über den Zwischenbescheid verbindet, durch den Spruch des Oberrichters alles Erfolges verlustig werde.

In Gemäßheit der Eventualmaxime hat

5), wer ein Urtheil als nichtig und nebstdem als beschwerend angreifen zu können glaubt, beide Rechtsmittel, die Nichtigkeitsklage und die Berufung, miteinander zu verbinden, indem durch Anstellung der ersteren, welche vielleicht keinen Erfolg hat, die Nothfrist für leztere keineswegs gewahrt wird.

Die mehrgedachte Grundregel wird

6) vom Richter bethätigt, wenn er gleichzeitig über Sachlegitimation und Hauptsache, über Klage, Einrede, Replik u. s. w. Beweis auflegt; eben so, wenn er in demselben Urtheile beiden Partheien, und zwar in gewisser Reihenfolge, und zum Theile eventuell, Eidesleistungen zuerkennt.

Noch in andrer Beziehung wird der Richter von der Eventualmaxime geleitet, indem er nämlich bei der Beurtheilung vorerst nur das zunächst Geltendgemachte z. B. die verzögerlichen oder streithindernden Einreden in Erwägung zieht, und, wenn dem hierüber gestellten Antrage zu entsprechen ist, auf das Eventuelle gar nicht eingeht [16].

C. Nothwendigkeit des rechtlichen Gehörs.

Es ist ein Axiom der Gerechtigkeit: audiatur et altera pars [17]. Ein Verfahren, in welchem dieser

15) Nov. vom 22. Juli 1819 §. 18.

16) Gensler a. a. O.

17) Ger. Ordn. V §. 1 und Kreittmayr zu dieser Stelle.

Grundsaz verlezt d. h. dem Beklagten keine Gelegenheit zur Vertheidigung gegeben worden, ist unheilbar nichtig [18]. — Uebrigens beschränkt sich dieser Grundsaz nicht auf die Vertheidigung gegen den ersten Hauptangriff, die Klage; er gilt vielmehr auch hinsichtlich der Vertheidigung gegen jede erst im Laufe des Prozesses vorkommende Angriffshandlung [19].

Die nähern Erörterungen werden im Kommentar zu den in Note 18 angeführten Stellen der Gerichtsordnung vorgetragen werden.

D. Schriftliche Verhandlung.

Es ist Grundsaz, so wie des gemeinen deutschen [20], so auch des bayerischen Civilprozesses [21], daß sowohl die Vorträge der Partheien, als auch die Beschlüsse, Verfügungen und Urtheile des Gerichts schriftlich aufgezeichnet werden sollen [22]; sey es nun, was die Partheivorträge betrifft, daß diese schon in der Form schriftlicher Aufsäze dem Gerichte überreicht, oder — was jezt bei den Gerichten erster Instanz die Regel bildet [23], zwar mündlich an das Gericht gehalten, von diesem aber zu Protokoll genommen werden.

Verhandlungen, welche blos mündlich gepflogen, Gerichtsbeschlüsse, Bescheide und Verfügungen, welche nicht niedergeschrieben wurden, sind unwirksam.

18) Ger. Ordn. a. a. O. und Kap. XVI §. 2.

19) Bayer Vorträge S. 14—15.

20) S. Bayer Vorträge S. 15.

21) Vergl. Ger. Ordn. IV §§. 10, 15; XIV §. 7 nr. 1.

22) Die Vorschrift der Ger. Ordn. III §. 3 nr. 1, 2 enthält keine Abweichung.

23) Nov. vom 22. Juli 1819 §. 1. Das Nähere hierüber im Kommentar zum §. 1 dieses Kapitels.

Verbesserungen und Zusäze.

Seite 16 Note 5 lies „Einleitung“ statt „Theil I Tit. I“
— 20 — 12 — „35“ statt „53“
— 22 — 3 Zeile 2 ist zwischen „nachher“ und „der“ einzuschalten „aber“
— 40 — 9 lies „15“ statt „13“
— 48 — 19 Zeile 2 lies „fr. 19 §. 1, 2“ statt „fr. 19 §. 12“
— 95 — 11 ist beizufügen: Vergl. Ger. Ordn. III §. 10.
— 111 Zeile 22 ist nach „dessen“ einzuschalten „Eingehung“
— 124 Note 55 ist beizusezen: „über die Kompetenzverhältnisse, wenn in Bezug auf einen Kulturprozeß das Daseyn und den Umfang des Servitutrechtes selbst bestritten wird — s. Blätter für Rechtsanwendung 1836 Nr. 19.“
— 125 — 59 Zeile 6 lies „854“ statt „834“
— 132 — 75 — 2 — „Interkalar“ statt „Interkelar“
— 134 Nr. 4 ist beizusezen: „über Anforderungen von Staatsabgaben und Umlagen, welche an Erben und andre Verbindlichkeitsnachfolger des ursprünglich Pflichtigen gemacht werden — s. Blätter für Rechtsanwendung 1836 Nr. 19.“
— 134 Note 93 ist beizusezen: „Auch die Nachsteuersachen sind Verwaltungssachen. S. Blätter für Rechtsanwendung 1836 Nr. 18.“
— 135 — 96 Zeile 1 lies „28. Dec.“ statt „29. Dec.“
— 150 — 132 — 3 ist vor „54“ einzuschalten „S.“
— 160 Zeile 20 lies „von“ statt „vom“
— 165 sind die zwei lezten Zeilen der Note 173 nach den Worten der Zeile 7 „bestehen könne.“ — einzuschalten.
— 167 Note 178 Zeile 8 lies „zum“ statt „zur“
— 234 — 9 — 11 — „solcher“ — „soller“

Bei der Verlagshandlung dieses Werkes ist früher erschienen und um die beigesezten Preise durch alle Buchhandlungen zu erhalten:

Bucher, Dr. K., System der Pandekten oder Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung des Justinianeischen Privatrechts. Dritte vermehrte und verbesserte Ausgabe. gr. 8. 1822. 2 Thlr. 16 gr. od. 4 fl. 30 kr.

Buchner, Andr., das öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsvorfallenheiten nach altteutscher vorzüglich altbayerischer Rechtspflege. Nebst einem Anhang über den vortheilhaften oder nachtheiligen Einfluß dieses Verfahrens auf Verminderung und Abkürzung der Streitigkeiten und auf die richtige Anwendung der Geseze. Eine gekrönte Preisschrift. gr. 8. 1825. 2 Thlr. 4 gr. od. 3 fl. 15 kr.

Justiniani, D., institutionum libri IV. Textu ad codicem olim Heilsbronnensem nunc Erlangensem recognito edidit Carol. Bucher. 8 maj. 1826. Druckp. 1 Thlr. 2 gr. oder 1 fl. 54 kr. Schreibp. 1 Thlr. 8 gr. od. 2 fl. 24 kr.

Lange, Joh. Christ., die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft. gr. 8. 1818. 20 gr. od. 1 fl. 18 kr.

— — Versuch einer Begründungslehre des Rechts. gr. 8. 1821. 22 gr. oder 1 fl. 24 kr.

Möllenthiel, Dr. C. Aug., über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, vorzüglich nach cap. ult. X. de praescriptionibus. gr. 8. 1820. 20 gr. od. 1 fl. 18 kr.

Puchta, Dr. Wolfg. Heinr., Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zwei Theile. Zweite umgearbeitete Ausgabe. gr. 8. 1831 u. 1832. 4 Thlr. 6 gr. od. 6 fl. 48 kr.

— — der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentlichen und Privatrechts-Praxis. gr. 8. 1818. 1 Thlr. 20 gr. od. 2 fl. 48 kr.

— — Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. gr. 8. 1824. 1 Thlr. 20 gr. oder 2 fl. 48 kr.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Seuffert, Johann Adam,

Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung (codex iuris bavarici iudiciarii de anno 1753)

Bd.: 1

Erlangen (1836)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.452-b(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703721-4